

FERNUNIVERSITÄT in Hagen

FAKULTÄT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Masterarbeit

Bearbeitungszeit:
18 Wochen als Teilzeitstudierender

über das Thema: Beschränkungsverbote im Arbeitsrecht im Lichte der jüngeren
EuGH Rechtsprechung

Prüferin: Prof. Dr. Kerstin Tillmanns

von: Patrick Gsell

Matrikelnummer: 7614438

Anschrift: Schwetzingenstraße 159
68165 Mannheim

Telefon: 0176 / 62 30 16 68

Email: pmg3107@googlemail.com

Abgabedatum: 21.03.2011

Gliederung	I - IV
Literaturverzeichnis	V - X
A. Einleitung	1
B. Beschränkungs- und Diskriminierungsverbote im Rahmen der Grundfreiheiten	3
1. Aufbau und Systematik der Grundfreiheiten	3
1.1 Anwendungsbereich	3
1.1.1 sachlicher Anwendungsbereich	3
1.1.2 persönlicher Anwendungsbereich	4
1.2 Beschränkung als Überbegriff	4
1.2.1 Die Begriffe Beschränkung und Beschränkungsverbot	4
1.2.2 Diskriminierungen und Diskriminierungsverbote	6
1.2.3 Beschränkungen und Beschränkungsverbote	7
1.2.3.1 Dassonville, Cassis de Dijon, Keck & Mithouard	7
1.2.3.2 Zwischenergebnis	10
1.3 Rechtfertigung / Schranken	10
1.3.1 Grundfreiheitliche Vorbehalte	10
1.3.2 Sonstiges kollidierendes Vertragsrecht	10
1.3.3 ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	11
1.4 Schranken-Schranken	12
1.4.1 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	13
1.4.1.1 Legitimer Zweck	13
1.4.1.2 Geeignetheit	13
1.4.1.3 Erforderlichkeit	13
1.4.1.4 Angemessenheit	14
1.4.2 Grundrechte	14
2. Adressat der Grundfreiheiten / Bindung an die Grundfreiheiten	14
2.1. Mitgliedstaaten	14
2.2 Drittwirkung der Grundfreiheiten und die Bindung Privater	15
2.2.1 Unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots	15
– Vlaamse Reisbureaus und Kommission/Frankreich	
2.2.2 Unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots	17

3. Ergebnis	17
C. Beschränkungsverbot im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit	18
i.S.d. Art 45 AEUV / Art. 39 EGV	
1. Anwendungsbereich	18
1.1 persönlicher Anwendungsbereich	18
1.2 sachlicher Anwendungsbereich	19
1.3 Bereichsausnahme	19
2. Beschränkungen	20
2.1 Diskriminierung und Diskriminierungsverbot	20
2.2 Beschränkung und Beschränkungsverbot	20
2.2.1 Bosman, Lehtonen und Bernard	20
2.2.2 Begründung eines Beschränkungsverbots	23
2.2.2.1 Wortlaut des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV	23
2.2.2.2 Systematik	24
2.2.2.3 Teleologische Auslegung des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV	24
2.3 Einschränkung des Beschränkungsbegriffs	26
2.3.1 Graf Filzmoser	26
2.3.2 Übertragung der Keck Formel	28
2.3.3 Unterscheidung zwischen Zugang und Ausübung	29
3. Rechtfertigung / Schranken	
3.1 geschriebene Rechtfertigungsgründe	30
gem. Art. 45 Abs. 3 AEUV/Art. 39 Abs. 3 EGV	
3.2 ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	31
3.3 kollidierendes Vertragsrecht	31
4. Schranken-Schranken	31
5. Adressat der Arbeitnehmerfreizügigkeit / Bindung an die Arbeitnehmerfreizügigkeit	32
5.1 Unmittelbare Drittwirkung und Bindung Privater an das Diskriminierungsverbot	32
5.1.1 Bindung privater Verbände: Walrave, Dona und Bosman	32
5.1.2 Bindung einzelner Privater in der Rechtssache Angonese	33

5.1.3 Mittelbare Bindung Privater	35
5.2 Unmittelbare Drittwirkung und Bindung Privater an das Beschränkungsverbot	37
5.2.1 Bindung privater Vereinigungen und Kollektivvereinbarungen:	37
Bosman, Lehtonen, Bernard	
5.2.2 Bindung einzelner Privater / Bindung von Arbeitsverträgen	40
5.2.2.1 Rechtssache Bobadilla	40
5.2.2.2 Zwischenergebnis	41
5.2.2.3 Begründung einer unmittelbaren Bindung Privater	41
5.2.2.3.1 Ableitung aus der EuGH Rechtsprechung	42
5.2.2.3.2 Effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten	42
5.2.2.3.3 Wortlaut	43
5.2.2.3.4 Systematik	44
5.2.2.3.5 Teleologische Auslegung	45
5.2.2.3.6 Ansatz der spürbaren Beschränkung durch Private	45
5.2.2.3.7 Staatsorganisationsrechtlicher Ansatz	46
5.2.2.3.8 Ansatz der staatlichen Schutzpflicht	46
/ mittelbare Drittwirkung	
6. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Beschränkungsverbot	47
6.1 Verstoß der Mitgliedstaaten gegen das Beschränkungsverbot	47
6.2. Verstoß von Privaten gegen das Beschränkungsverbot	47
6.2.1 Nichtigkeit gem. § 134 BGB	48
6.2.2 Schadensersatz nach § 823 BGB	49
7. Ergebnis	49
D. Beschränkungen durch Vorschriften des deutschen Arbeitsrechts	50
1. Beschränkung durch die §§ 15 Abs. 4 TzBfG, 624 BGB	50
2. Beschränkung durch Kündigungsfristen nach §§ 622 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 Satz 3 BGB	51
3. Beschränkung durch das Arbeitnehmerentsendegesetz	52
3.1 Rechtssache „Finalarte“	53
3.2 Beschränkung durch die Mindestarbeitsbedingungen i.S.d AEntG	54

3.3 Arbeitnehmerschutz als zwingender Grund des Allgemeinwohls	55
4. Beschränkung durch Verfallbarkeit von Anwartschaften betrieblicher Altersversorgung	57
5. Einseitige Verlängerungsoptionen in Arbeitsverträgen von Profimannschaftssportlern als Beschränkung i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV	58
5.1 § 624 als Schutzvorschrift	60
5.2 § 622 Abs. 6 BGB als Schutzvorschrift	61
5.2.1 Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen § 622 Abs. 6 BGB	62
5.2.2 Ergebnis	64
E. Fazit	65

Literaturverzeichnis

Bauer, Hartmut
Czybulka, Detlef
Kahl, Wolfgang
Vosskuhle, Andreas

Umwelt, Wirtschaft und Recht
Wissenschaftliches Symposium aus Anlass
des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt
Tübingen 2002
Zitierweise: Bearbeiter, in:
Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, S.

Baumbach, Adolf
Hopt, Klaus J.

Kommentar zum Handelsgesetzbuch
34. Auflage
München 2010
Zitierweise: Bearbeiter, in: Baumbach/Hopt, § Rdn., 34.
Auflage

Brigola, Alexander

Das System der EG – Grundfreiheiten: Vom
Diskriminierungsverbot zum spezifischen
Beschränkungsverbot
München 2004
Zitierweise: Brigola, S.

Burgi, Martin

Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbarer
Drittwirkung der Grundfreiheiten
EWS – Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1999,
S. 327 - 332
Zitierweise: Burgi, EWS 1999, S.

Callies, Christian
Ruffert, Matthias

Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit
Europäischer Grundrechtscharta
Kommentar zum EUV / EGV
3. Auflage
München 2007
Zitierweise: Bearbeiter, in: Callies/Ruffert, §, Rdn., 3.
Auflage

Däubler, Wolfgang

Die Entsende - Richtlinie und ihre Umsetzung in das
deutsche Recht
EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
1997, S 613 – 618
Zitierweise: Däubler, EuZW 1997, S.

Dieterich, Thomas
Hanau, Peter
Schaub, Günter

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
11. Auflage
München 2011

Zitierweise: Bearbeiter, in: Erfurter Kommentar, Art. / §
Rdn., 11. Auflage

Ganten, Ted Oliver

Die Drittwirkung der Grundfreiheiten -
Die EG – Grundfreiheiten als Grenze der Handlungs- und
Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Privaten
Berlin 2000
Zitierweise: Ganten, S.

**Gerken, Lüder
Löwisch, Manfred
Rieble, Volker**

Der Entwurf eines Arbeitnehmerendgesetzes in
ökonomischer und rechtlicher Hinsicht
BB – Betriebs-Berater 1995, S. 2370 – 2375
Zitierweise: Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, S.

**Grabitz, Eberhard
Hilf, Meinhard**

Das Recht der Europäischen Union - Band 1 EGV / EUV
Kommentar
40. Auflage
München 2009
Zitierweise: Verfasser, in: Grabitz/Hilf, Art. Rdn., 40.
Auflage

**von der Groeben, Hans
Schwarze, Jürgen**

Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und
zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
6. Auflage
Baden-Baden 2003
Zitierweise: Bearbeiter, in: von der Groeben/Schwarze,
Art., Rdn., 6. Auflage

Gundel, Jörg

Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen
in die Grundfreiheiten des EGV
Jura 2001, S. 79 - 85
Zitierweise: Gundel, Jura 2001, S.

**Hanau, Peter
Steinmeyer, Heinz-Dietrich
Wank, Rolf**

Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts
München 2002
Zitierweise: Verfasser, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, §
Rdn.

Herdegen, Matthias

Europarecht
12. Auflage
München 2010
Zitierweise: Herdegen, § Rdn., 12. Auflage

- Heyer, Jörg** Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit
Köln 1996
Zitierweise: Heyer, S.
- Jarass, Hans D.** Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten
EuR – Europarecht 1995, S. 202 - 226
Zitierweise: Jarass, EuR 1995, S. 202 ff.
- Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II
EuR – Europarecht 2000, S. 705 - 723
Zitierweise: Jarass, EuR 2000, S. 705 ff.
- Kelber, Markus** Die Transferpraxis beim Vereinswechsel im Profifußball auf dem Prüfstand
NZA – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2001, S. 11 – 16
Zitierweise: Kelber, NZA 2011, S.
- Kindler, Peter** Einseitige Verlängerungsoptionen im Arbeitsvertrag eines Berufsfußballers
NZA – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2000, S. 744 – 749
Zitierweise: Kindler, NZA 2000, S.
- Kingreen, Thorsten** Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts
Berlin 1999
Zitierweise: Kingreen, S.
- Kirchhof, Ferdinand** Private Rechtsetzung
Berlin 1987
Zitierweise: Kirchhof, S.
- Lengauer, Alina** Drittwirkung von Grundfreiheiten – Ein Beitrag zu dem Konzept des Normadressaten im Gemeinschaftsrecht
Wien 2010
Zitierweise: Lengauer, S.
- Möllers, Thomas** Doppelte Rechtsfortbildung contra legem, Zur Umgestaltung des BGB durch den EuGH und nationale Gerichte
EuR – Europarecht 1998, S. 20 – 46
Zitierweise: Möllers, EuR 1998, S.

**Mikel, Wolfgang W.
Bergmann, Jan**

Handlexikon der Europäischen Unionsbürger
3. Auflage
Bad Homburg und Stuttgart 2005
Zitierweise: Mikel/Bergmann, 3. Auflage

Nasse, Norbert K.H.

Wirksamkeit des § 11 der Fußballprofiverträge
hinsichtlich Art. 48 EGV, Art. 12 GG und AGBG analog
SpuRt – Sport und Recht 1997, S. 45 – 49
Zitierweise: Nasse, SpuRt 1997, S.

Parpart, Heike

Die unmittelbare Bindung Privater an die
Personenverkehrsfreiheiten im europäischen
Gemeinschaftsrecht – Eine Darstellung der
Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und
Dienstleistungsfreiheit
Köln 2003
Zitierweise: Parpart, S.

**Rebmann, Kurt
Säcker, Franz Jürgen
Rixecker, Roland**

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1
5. Auflage
München 2007
Zitierweise: Bearbeiter, in: MünchKomm, § Rdn., 5.
Auflage

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 4
5. Auflage
München 2009
Zitierweise: Bearbeiter, in: MünchKomm, § Rdn., 5.
Auflage

**Rieble, Volker
Lessner, Jan**

Arbeitnehmer – Entsendegesetz, Nettolohnhaftung und
EG – Vertragsauslegung
ZfA – Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 2002, S. 29 –
89
Zitierweise: Rieble/Lessner, ZfA 2002, S.

Riesenhuber, Karl

Europäisches Arbeitsrecht – Eine systematische
Darstellung
Heidelberg 2009
Zitierweise: Riesenhuber, § Rdn.

- Roloff, Sebastian** Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht
Berlin 2003
Zitierweise: Roloff, S.
- Schroeder, Werner** Grundkurs Europarecht
München 2009
Zitierweise: Schroeder, § Rdn.
- Schütte, Michael
Kirchhoff, Wolfgang** Staatliche Bürgschaften und EG Beihilferecht
EWS – Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1996,
S. 189 – 192
Zitierweise: Schütte/Kirchhoff, EWS 1996, S. 189 ff.
- von Staudinger, Julius** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Neubearbeitung 2002
Zitierweise: Bearbeiter, in: Staudinger, § Rdn.,
Neubearbeitung 2002
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich** Die Richtlinie 98/49/EG zur Wahrung ergänzender
Rentenansprüche
EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
1999, S. 645 – 650
Zitierweise: Steinmeyer, EuZW 1999, S.
- Streinz, Rudolf
Leible, Stefan** Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten
Überlegungen aus Anlass von EuGH, EuZW 2000, 468 –
Angonese
EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
2000, S. 459 - 467
Zitierweise: Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff.
- Thüsing, Gregor** Europäisches Arbeitsrecht
Bonn 2007
Zitierweise: Thüsing, § Rdn.
- Völker, Stefan** Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen
Gemeinschaftsrecht
Berlin 1990
Zitierweise: Völker, S.

Wank, Rolf
Börgmann, Udo

Die Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer in das
deutsche Urlaubskassenverfahren
NZA – Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2001, S. 177 –
186
Zitierweise: Wank/Börgmann, NZA 2001, S.

Weiß, Wolfgang

Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit
Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als
Beschränkungsverbote zur Auflösung der
Differenzierung zwischen unterschiedslosen und
unterschiedlichen Maßnahmen
EuZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
1999, S. 493 - 498
Zitierweise: Weiß, EuZW 1999, S.

A. Einleitung

Anlass, sich mit dem Thema Beschränkungsverbote im (europäischen) Arbeitsrecht zu beschäftigen, gab unter anderem das **Urteil des EuGH vom 16. 3. 2010 – C-325/08 „Olympique Lyonnais SASP/Olivier Bernard, Newcastle UFC“** - im weiteren Verlauf „**Bernard**“ Entscheidung genannt -, in dem, dem „**Bosman**“ Urteil des EuGH vom 15.12.1995 folgend, abermals festgestellt wurde, dass nicht nur diskriminierende, sondern auch nichtdiskriminierende Beschränkungen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der EU beeinträchtigen können. Dass die Grundfreiheiten nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbote enthalten, ist mittlerweile kaum mehr umstritten. Diskutiert wird hingegen, wie und ob man den weiten Beschränkungs begriff einschränken kann und ob die Grundfreiheiten und deren Verbote nur zwischen den EU Mitgliedstaaten und den EU Bürgern oder auch zwischen den Bürgern / Privaten untereinander gelten. Weiterhin sind Gegenstand der Arbeit einzelne nationale Vorschriften. Geprüft werden soll hier, ob diese Regelungen (wie zum Beispiel das Arbeitnehmerentsendegesetz oder das Betriebsrentengesetz) Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen. Da es in der EuGH Rechtsprechung zu den einzelnen Grundfreiheiten im Bereich der unmittelbaren Drittwirkung unterschiedliche Ansätze und Ergebnisse gibt, spricht da der EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit i.S.d Art. 34 ff. AEUV / Art. 28 ff. EGV einen anderen Ansatz bezüglich der unmittelbaren Bindung Privater vertritt als im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wird unter B. zunächst generell auf den Beschränkungs begriff, das Beschränkungsverbot und die unmittelbare Drittwirkung im Rahmen der Grundfreiheiten – insbesondere im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit – eingegangen. Das Beschränkungsverbot vom EuGH wurde zuerst in Konstellationen, die den freien Warenverkehr betreffen, entwickelt. In Teil C, der sich dann konkret mit den Problem- und Fragestellungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit - als zentrale Vorschrift des europäischen Arbeitsrechts - auseinandersetzt, kann dann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden, was letztendlich der Klarheit und Strukturiertheit der Darstellung dienen soll.

Zu beachten ist, dass im Zuge des Vertrages von Lissabon, der von den 27

EU Mitgliedstaaten am 13.12.2007 unterzeichnet wurde, der „Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)“ in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)“ umbenannt wurde. Die Nummern der Vorschriften haben sich durch den Vertrag von Lissabon geändert. Inhaltlich sind die vorliegend entscheidenden Vorschriften weitestgehend gleich geblieben, weswegen man die Rechtsprechung und die Kommentierungen zu den EGV Vorschriften übernehmen kann.

B. Beschränkungs- und Diskriminierungsverbote im Rahmen der Grundfreiheiten

Der Aufbau orientiert sich nachfolgend an der Dogmatik und dem Prüfungsaufbau der Grundfreiheiten, um die verschiedenen Problem- und Fragestellungen einordnen zu können. Der Schwerpunkt liegt auf der nichtdiskriminierenden Beschränkung und dem Beschränkungsverbot. Wo es für den weiteren Verlauf und den Kontext nötig erscheint, wird auf diskriminierende Beschränkungen und das Diskriminierungsverbot eingegangen.

1. Aufbau und Systematik der Grundfreiheiten

Die Grundlegenden Freiheiten des Warenverkehrs in Art. 34 AEUV ff. / Art. 28 EGV ff., der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Art. 45 AEUV ff. / Art. 39 EGV ff., der Niederlassungsfreiheit in Art. 49 ff. AEUV / Art. 43 ff. EGV und der Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 ff. AEUV / Art. 49 ff. EGV, die als Grundfreiheiten bezeichnet werden, haben immer mehr an Bedeutung gewonnen in den verschiedenen Bereichen des Rechts.¹ Die Systematik der Grundfreiheiten unterteilt sich im Wesentlichen in 3 Stufen: Anwendungsbereich, Beschränkung und Rechtfertigung, sprich man kann zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsseite unterscheiden.²

1.1 Anwendungsbereich

Man unterscheidet zunächst grundsätzlich zwischen dem sachlichen und dem persönlichen Anwendungsbereich.

1.1.1 sachlicher Anwendungsbereich

Der „sachliche Anwendungsbereich“ der Grundfreiheiten besteht im wesentlichen aus zwei Elementen, nämlich aus Tätigkeiten und Gegenständen mit grenzüberschreitendem Bezug.³ Während die sogenannten Personenverkehrsfreiheiten bestimmte Tätigkeiten / Verhaltensweisen (Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Niederlassung) schützen, stellen die sogenannten Produktverkehrsfreiheiten auf ein

1 Jarass, EuR 2000, S. 705 ff. (705).

2 Jarass, EuR 2000, S. 705 ff. (705).

3 Jarass, EuR 2000, S. 705 ff. (706).

bestimmtes Schutzgut (Ware, Dienstleistung, Kapital) ab, spricht einerseits bezieht sich der sachliche Anwendungsbereich auf die Mobilität des Produktionsfaktors Arbeit und andererseits auf die Mobilität des Produkts selbst.⁴ Somit gilt grundsätzlich, dass wenn sich der Einzelne für eine gewisse Dauer in einen anderen Mitgliedstaat begibt, die Personenverkehrsfreiheiten anwendbar sind; überschreitet hingegen nur sein Produkt die Grenze, sind die Produktverkehrsfreiheiten einschlägig. In Zweifelsfällen erfolgt die Abgrenzung nach dem Schwerpunkt der Betätigung.⁵

1.1.2 persönlicher Anwendungsbereich

Fraglich ist weiterhin, wer Träger der Grundfreiheiten ist. Träger sind natürliche Personen, die Unionsbürger sind. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 56 AEUV / Art. 49 EGV.⁶ Gem. Art. 54 AEUV / Art. 48 EGV können Träger der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit auch Personenmehrheiten, sprich Gesellschaften sein, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Union haben.

1.2 Beschränkung als Überbegriff

Sind der sachliche und der personale Anwendungsbereich eröffnet, ist des Weiteren zu prüfen, ob die Maßnahme als Beschränkung eingestuft werden kann.⁷

1.2.1 Die Begriffe Beschränkung und Beschränkungsverbot

Im bisherigen Verlauf dieser Arbeit wurde ganz selbstverständlich zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot unterschieden. Dies ist eigentlich ungenau, wenn man wie Teile in der Literatur davon ausgeht, dass der Überbegriff die Beschränkung ist. Vertreter dieser Ansicht sehen den Begriff Beschränkung als Überbegriff für Diskriminierungen und faktische, diskriminierungsfreie Schlechterstellungen an, da sich in den

4 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 30, 3. Auflage.

5 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 30, 3. Auflage.

6 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 30, 3. Auflage.

7 Jarass, EuR 2000, S. 705 ff. (708).

Grundfreiheiten häufig das Wort Beschränkung wiederfinde. Hiernach ist die Beschränkung der zentrale Begriff.⁸ Dies würde aber konsequenterweise dazu führen, dass das Wort Beschränkung als Überbegriff für diskriminierende und nicht diskriminierende, faktische Beschränkungen steht. Sprachlich wäre so eigentlich keine Unterscheidung zwischen Diskriminierung und faktischer Beschränkung möglich, da beides unter Beschränkung fiele. Beschränkung wäre Über- und Unterbegriff. Man könnte beispielsweise zwischen Beschränkung i.w.S. - als Überbegriff - und Diskriminierung und Beschränkung i.e.S. - als Unterbegriffe -, unterscheiden. Beschränkung i.w.S. stünde dann als Überbegriff für diskriminierende und nichtdiskriminierende Beschränkungen und Beschränkung i.e.S. ausschließlich für nichtdiskriminierende Beschränkung. Schwierig wird es aber vor allem, wenn es um den Verbotsbegriff geht. Sieht man die Beschränkung als Oberbegriff, wäre das Wort Beschränkungsverbot Überbegriff und umfasste somit sowohl diskriminierende, als auch nichtdiskriminierende Beschränkungen. Dann müsste man beim Verbotsbegriff zwischen Verbot der diskriminierenden und Verbot der nichtdiskriminierenden Beschränkung⁹ unterscheiden. Dies wirkt sprachlich oft kompliziert und zieht pragmatisch und stilistisch gesehen Formulierungen in die Länge.

Teilweise nimmt man als Überbegriff für diskriminierende und nichtdiskriminierende Beschränkung die Beeinträchtigung.¹⁰ Hierunter fallen dann Diskriminierungen und Beschränkungen. So kann man dann auch problemlos und sprachlich widerspruchsfrei zwischen Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot unterscheiden und unter den Begriff Beschränkungsverbot fallen ausschließlich nichtdiskriminierende Beschränkungen. Insofern wird zwar vorliegend davon ausgegangen, dass Beschränkung der Überbegriff ist, jedoch ist es sprachlich einfacher trenn- und handhabbar zwischen Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot zu unterscheiden. Wird nachfolgend von Diskriminierung und Diskriminierungsverbot gesprochen, fallen hierunter diskriminierende Beschränkungen. Spricht man von Beschränkungsverbot,

⁸ Jarass, EuR 2000, S. 705 ff. (709, 710)

⁹ so bezeichnet von Schroeder, § 14 Rdn. 36.

¹⁰ Rieble/Lessner, ZfA 2002, S. 29 ff. (52).

sind nichtdiskriminierende Beschränkungen gemeint. Was unter Diskriminierung, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot zu verstehen ist, wird im Folgenden behandelt.

1.2.2 Diskriminierungen und Diskriminierungsverbote

Man unterscheidet zwischen der offenen, unmittelbaren und der versteckten, mittelbaren Diskriminierung. **Offene / Unmittelbare Diskriminierungen** sind ausdrücklich, tatbestandsmäßige Ungleichbehandlungen zum Nachteil der grenzüberschreitenden Ware, wobei es in der Regel um Benachteiligungen wegen der Staatsangehörigkeit geht.¹¹ Die sogenannten **Versteckten / Mittelbaren Diskriminierungen** enthalten keine ausdrückliche Diskriminierung, sondern sonstige produktbezogene Anforderungen, die faktisch, sprich mittelbar wie eine Diskriminierung wirken. Sie gelten zwar unterschiedslos, führen aber de facto zu einer Bevorzugung des nationalen Marktes.¹²

Um das Ziel des gemeinsamen Marktes aufrechtzuerhalten, müssen die Märkte geöffnet werden, sprich die Mitgliedstaaten haben Maßnahmen zu unterlassen, die dieses Ziel gefährden.¹³ Die Errichtung eines gemeinsamen Marktes erfordert von den Unternehmen, sich bezüglich der Produktion und bezüglich der Vorschriften den jeweiligen nationalen Märkten anzupassen. Nationale Anbieter müssen sich hingegen nur auf ihren eigenen Markt fokussieren. Insofern wird in den meisten Fällen die Stellung der inländischen mit den ausländischen Marktteilnehmern zu vergleichen sein. Deswegen hat man die Grundfreiheiten zunächst als Diskriminierungsverbote verstanden.¹⁴ So unterscheidet man einerseits, die sich aus den Grundfreiheiten ergebenden **Besonderen Diskriminierungsverbote** und das **Allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV / Art. 12 EGV**.¹⁵ Die Besonderen Diskriminierungsverbote verbieten, dass im jeweiligen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten Staatsbürger und Waren anderer Mitgliedstaaten anders behandelt werden als inländische Staatsbürger und Waren. Das Allgemeine

11 Kingreen, S. 38.

12 Kingreen, S. 39.

13 Kingreen, S. 38.

14 Kingreen, S. 38.

15 Mickel/Bergmann, 3. Auflage.

Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV / Art. 12 EGV verbietet jede Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Es ist im Zweifelsfall subsidiär gegenüber den Besonderen Diskriminierungsverboten.¹⁶

1.2.3 Beschränkungen und Beschränkungsverbote

Neben den zuvor genannten Diskriminierungen, gibt es noch eine dritte Kategorie von Normen, nämlich unterschiedslos wirkende Regelungen, die zwar die freien Warenströme des Binnenmarktes behindern, aber weder offene, noch versteckte Diskriminierungen enthalten. Hier spricht man von diskriminierungsfreien Maßnahmen¹⁷ durch faktische oder materielle Schlechterstellung,¹⁸ die nachfolgend als Beschränkungen oder nichtdiskriminierende, diskriminierungsfreie Beschränkungen bezeichnet werden. Die Grundfreiheiten, die bei den diskriminierenden Maßnahmen als Gleichheitsrechte verstanden werden, fungieren bei den diskriminierungsfreien Maßnahmen als Freiheitsrechte, die sich in diskriminierungsunabhängigen Beschränkungsverboten äußern. Während bei der Prüfung einer Diskriminierung grundsätzlich ein horizontaler Vergleich zweier Sachverhalte (der inländische und der grenzüberschreitende) stattfindet, der die Ungleichheit der Auferlegung untersucht, wird bei der Prüfung, ob eine diskriminierungsfreie Beschränkung vorliegt, vertikal geprüft, ob die Beeinträchtigung eines Rechtssubjekts vorliegt, ohne dass es auf die Betroffenheit anderer Rechtssubjekte ankäme.¹⁹

1.2.3.1 Dassonville, Cassis de Dijon, Keck & Mithouard

Der Wandel der Grundfreiheiten vom reinen Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot zeigte sich in der Rechtsprechung des EuGH in der sogenannten „**Dassonville**“ Entscheidung²⁰. Hier wollte die belgische Großhandelsfirma Dassonville einen echten „Scotch-Whiskey“ nach Belgien einführen, den sie bei französischen Vertriebs- und Importgesellschaften eingekauft hatte. Nach Art.1 der Königlichen Verordnung stand es unter Strafe, Branntwein mit einer von der belgischen

16 Mickel/Bergmann, 3. Auflage.

17 Kingreen, S. 39.

18 Jarass, EuR 2000, S. 705 ff. (711).

19 Kingreen, S. 39.

20 EuGH NJW 1975, S. 515 ff.

Regierung rechtsgültig erlassenen Ursprungsbezeichnung – wie Scotch Whiskey – einzuführen, wenn dem Branntwein kein amtlicher Begleitschein (vom Ursprungsland) beiliegt, der besagt, dass diese Bezeichnung zu Recht geführt wird. Ein solcher Begleitschein fehlte vorliegend. Der französische Importeur unterlag dieser belgischen Verordnung natürlich nicht und musste somit auch keinen Begleitschein vom Ursprungsland beifügen. Gem. Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV sind mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verboten. Hier ging es darum zu entscheiden, ob eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt. Nach Ansicht des EuGH ist jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, als Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV anzusehen.²¹ Insofern ist ein Diskriminierungstatbestand und somit ein horizontaler Vergleich zwischen zwei Mitgliedstaaten nicht mehr nötig gewesen. Es genügte wie bereits oben angesprochen, die vertikale Prüfung, ob ein Rechtssubjekt betroffen wurde. Zum Ausdruck kam hier, dass grundsätzlich alle Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handels an den Grundfreiheiten gemessen werden sollten.²²

Eine Bestätigung und Konkretisierung der Dassonville Formel fand im Urteil „Cassis de Dijon“²³ statt. Hier wollte der Lebensmittelkonzern REWE/Köln den Fruchtsaftlikör „Cassis de Dijon“ aus Frankreich einführen, um ihn in Deutschland zu vertreiben. REWE beantragte bei der zuständigen Bundesmonopolverwaltung für Branntweine eine Einfuhrgenehmigung. Diese lehnte den Antrag ab, da § 100 BranntweinmonopolG i.V.m. DVO für die Verkehrsfähigkeit von Likören einen Mindestalkohol- und Weingeistgehalt von 25 % voraussetze. Der Likör „Cassis de Dijon“ lag zwischen 15 und 20%.²⁴ Somit konnte der Likör in Deutschland nicht vermarktet werden. Laut EuGH fällt auch die Festsetzung eines Mindestalkoholgehalts im Recht eines Mitgliedstaates unter die Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 2. Alt. AEUV / Art. 28

21 EuGH NJW 1975, S. 515 f. (516).

22 Kingreen, S. 41.

23 EuGH, Urteil vom 20.02.1979 – Rs 120/78.

24 EuGH NJW 1979, 1766 ff. (1766).

2. Alt. EGV, wenn das eingeführte Produkt im Ursprungsland rechtmäßig hergestellt wurde. Er betonte somit, dass in einem Mitglied rechtmäßig hergestellte Güter im Binnenmarkt frei zirkulieren können müssen (Ursprungslandprinzip).²⁵ Insofern sah der EuGH das vorliegende Vermarktungsverbot als Verstoß gegen Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV an und bestätigte so zunächst das weite Beschränkungsverbot. Einschränkend fügte der EuGH jedoch hinzu, dass Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den unterschiedlichen nationalen Vermarktungsregelungen ergeben, hingenommen werden müssten, soweit sie notwendig seien, um zwingenden Erfordernissen wie beispielsweise Lauterkeit des Verkehrs oder Verbraucherschutz gerecht zu werden.²⁶

Diese beiden Urteile hatten letztendlich zur Folge, dass beinahe jede beschränkende Maßnahme mit grenzüberschreitendem Bezug an Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV gemessen werden musste und gemessen werden konnte. Dies führte zur **Keck & Mithouard** Entscheidung²⁷. Hier ging es darum, ob man Waren unter dem Einkaufspreis und somit zum Verlustpreis weiterverkaufen dürfe. Dies wurde den Angeklagten Keck und Mithouard zur Last gelegt, da ein französisches Gesetz den Weiterverkauf unter Einkaufspreis untersagte. Die beiden Angeklagten machten geltend, dass durch das Verbot der Warenumsatz gehindert und somit der freie Warenverkehr im Binnenmarkt beschränkt werde.²⁸ Der EuGH sah sich aufgrund der häufigen Klagen der Marktteilnehmer gezwungen, seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV zu prüfen und klarzustellen.²⁹ Er unterschied zwischen Regelungen, die sich auf die Ware selbst beziehen (hinsichtlich Größe, Gewicht, Bezeichnung, Form, Aufmachung, Etikett etc.) und Vorschriften, die Verkaufsmodalitäten zum Gegenstand haben. Produktbezogene, unterschiedslose Regelungen fallen nach wie vor unter Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV und seien nur über die Cassis-Kriterien („zwingende Erfordernisse des freien Warenverkehrs“) und Art. 36 AEUV / Art. 30 EGV zu rechtfertigen.³⁰ Regelungen, die den Absatz

25 EuGH NJW 1979, S. 1766 ff. (1766).

26 EuGH NJW 1979, S. 1766 ff. (1766).

27 EuGH, Urteil vom 24.11.1993 – Rs C – 267/91, Rs C. 268/91.

28 EuGH NJW 1994, S. 121 ff. (121).

29 EuGH NJW 1994, S. 121 ff. (121).

30 EuGH NJW 1994, S. 121 ff. (121).

und Verkauf betreffen, seien grundsätzlich nicht geeignet den Handel i.S.d Dasonville Urteils zu beschränken.³¹

1.2.3.2 Zwischenergebnis

Insofern kommen als Beschränkungen diskriminierende und diskriminierungsfreie Maßnahmen in Frage. Fraglich ist weiterhin, wie diese Beschränkungen gerechtfertigt werden.

1.3 Rechtfertigung / Schranken

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Beschränkungen gerechtfertigt werden können. Es wird unterschieden zwischen Einschränkungen auf Tatbestandsseite der Grundfreiheiten, sonstigem mit den Grundfreiheiten kollidierenden Verfassungsrecht und ungeschriebenen Schranken.³²

1.3.1 Grundfreiheitliche Vorbehalte

Die Grundfreiheiten erhalten bereits geschriebene Vorbehalte in ihren Tatbeständen. Gem. Art. 36 AEUV / 30 EGV sind Ein-, Ausfuhr- und Durchführverbote oder -beschränkungen nicht gem. Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV verboten, wenn sie beispielsweise aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sind. Gerade diese Tatbestände sind nach Meinung des EuGH besonders eng auszulegen. Sie liegen nur vor, wenn „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.³³ Diese im Vergleich zur Beschränkungsebene enge Auslegung führte dazu, dass der EuGH weitere Schranken entwickelte.

1.3.2 Sonstiges kollidierendes Vertragsrecht

Als weitere Schranke kommt kollidierendes Vertragsrecht in Frage. Fraglich ist, was man unter kollidierendem Vertragsrecht versteht. Hierunter sollen nicht alle in den Verträgen genannten Schutzgüter fallen, sondern nur solche Normen, die aufgrund ihrer dogmatischen Struktur als Befugnisnorm für

31 EuGH NJW 1994, S 121 ff. (121).

32 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 75, 3. Auflage.

33 EuGH NVwZ 2004, 1471 ff. (1472).

Beschränkungen taugen.³⁴ Hierzu zählen unter anderem die **EU Grundrechte**. Nachdem der EuGH³⁵ die Grundrechte zunächst nur als Konkretisierungen zu den Grundfreiheiten angesehen hat, indem Beschränkungen „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte“ zu beurteilen waren, ging er in der jüngeren Vergangenheit dazu über, die Grundrechte neben die Grundfreiheiten zu stellen. Die Grundrechte seien sowohl von der Gemeinschaft, als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten. Der Schutz dieser Rechte stelle ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet sei, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht bestehen.³⁶ Insofern sind Beschränkungen auch an den EU Grundrechten zu messen.

1.3.3 ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Weiterhin wurden vom EuGH ungeschriebene Rechtfertigungsgründe entwickelt. In der bereits erwähnten „Cassis de Dijon“ Entscheidung³⁷ erkennt er „zwingende Erfordernisse“ einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes als Gründe an, die Beschränkungen der Grundfreiheiten - in diesem Fall Beschränkungen des Warenverkehrs - rechtfertigen können.³⁸

Umstritten ist, ob dieser Rechtfertigungsgrund des zwingenden Erfordernisses für alle Beschränkungsformen gilt oder nur für die nichtdiskriminierenden Beschränkungen. Aus der „Cassis de Dijon“ Entscheidung lässt sich zunächst nicht entnehmen, für welchen Beschränkungstatbestand die Rechtfertigungsgründe gelten sollen. Erst im Strafverfahren gegen Wurmser fügt der EuGH an, dass die Rechtfertigungsgründe nur für die beschränkenden Maßnahmen gelten, die unterschiedslos inländische und ausländische Erzeugnisse und somit Marktteilnehmer betreffen.³⁹ Hieraus lässt sich schließen, dass es dem

34 Kingreen in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 77, 3. Auflage.

35 EuGH NJW 1992, 1553 ff. (1554).

36 EuGH NVwZ 2004, 1471 ff. (1472).

37 siehe B. 1.2.3.1.

38 EuGH NJW 1979, S. 1766 ff. (1766).

39 EuGH NJW 1990, S. 3066 ff. (3067).

EuGH in dieser Entscheidung um diskriminierungsfreie Beschränkungen ging. Diskriminierungen sollten somit nicht erfasst werden⁴⁰, da diese eben nicht unterschiedslos wirken.

Teilweise wird vertreten, dass die Cassis Rechtsprechung nicht nur auf die diskriminierungsfreien Beschränkungen, sondern auch auf die mittelbaren, versteckten Diskriminierungen anzuwenden sei, da beide Beschränkungsformen ohnehin nur schwer voneinander zu trennen seien. Die unmittelbaren, offenen Diskriminierungen seien aufgrund ihres Gewichts nur mit den geschriebenen Rechtfertigungsgründen – wie beispielsweise in Art. 34 AEUV / Art. 30 EGV – zu rechtfertigen.⁴¹

Eine dritte Ansicht wendet die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf alle Beschränkungsformen an. Dies mache die oft schwierige Abgrenzung zwischen offenen und mittelbaren Diskriminierungen und zwischen mittelbaren Diskriminierungen und diskriminierungsfreien Maßnahmen hinfällig.⁴² Diese Ansicht ist auch zu bevorzugen. Der EuGH widerspricht sich, wenn er einerseits den Ausnahmecharakter von geschriebenen Rechtfertigungsgründen betont, aber andererseits immer wieder neue, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe hervorbringt, um Beschränkungen zu rechtfertigen und somit auch sein „*singularia non sunt extendenda*“ - was sinngemäß soviel heißt wie, Ausnahmeregelungen sind nicht analogiefähig - faktisch konterkariert.⁴³ Dass, was die zweite Ansicht als Argument anführt, dass eine Abgrenzung der verschiedenen Beschränkungen oft schwierig sei, entfällt, wenn man sich der dritten Meinung anschließt und die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf alle Beschränkungen anwendet.

1.4 Schranken-Schranken

Ähnlich wie man es aus der deutschen Grundrechtsdogmatik kennt, unterliegen diejenigen, die die Grundfreiheiten einschränken ebenfalls Schranken, den sogenannten Schranken-Schranken.⁴⁴

40 Kingreen in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 82, 3. Auflage.

41 Gundel, Jura 2001, S. 79 ff. (82).

42 Weiß, EuZW 1999, 493 ff. (498).

43 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 85, 3. Auflage.

44 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 87, 3. Auflage.

1.4.1 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Die Beschränkungen müssen verhältnismäßig sein. Dieser allgemeine Grundsatz gilt unstrittig auch auf Gemeinschaftsebene, sprich die Beschränkung muss einen legitimen Zweck verfolgen, der geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁴⁵

1.4.1.1 Legitimer Zweck

Der legitime Zweck kann sich schon aus den „zwingenden Erfordernissen“ der „Cassis“ Rechtsprechung ergeben, sprich aus Gütern wie steuerliche Kontrolle oder Schutz der Gesundheit.⁴⁶

1.4.1.2 Geeignetheit

Außerdem müsste die Beschränkung geeignet sein. Das Gebot der Geeignetheit verlangt, dass die, die Grundfreiheit beeinträchtigende Maßnahme, ein brauchbares Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels ist. Es reicht aus, dass es für die Zielerreichung förderlich ist.⁴⁷ Die Beschränkung ist somit geeignet, wenn sie beispielsweise für den Schutz der Gesundheit förderlich ist.

1.4.1.3 Erforderlichkeit

Die Maßnahme muss auch erforderlich sein, um den Zweck zu erreichen, das heißt es dürfen keine alternativen Maßnahmen möglich sein, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränken, sprich es darf kein milderes Mittel existieren.⁴⁸ Ausfluss dieses Grundsatzes ist unter anderem das Informationsprinzip. Es geht darum, den Verbraucher durch entsprechende Kennzeichnung der Ware beispielsweise mit Alkoholgehalt und Herkunft⁴⁹ zu schützen, anstatt ein Totalverbot zu verhängen. Dies erhöht zudem den Marktzugang der Unternehmer und die Wahlmöglichkeit der Verbraucher.⁵⁰

45 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 89, 3. Auflage.

46 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 90, 3. Auflage.

47 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 92, 3. Auflage.

48 EuGH, Urt. vom 14.07.1988 - Rs 298/87, LMRR 1988, S. 41.

49 EuGH NJW 1979, S. 1766 ff. (1766).

50 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 95, 3. Auflage.

1.4.1.4 Angemessenheit

Die Beschränkung müsste auch angemessen sein, sprich sie muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen. Voraussetzung ist also eine Abwägung zwischen der Intensität der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels und dem Schutzgewinn für das entgegenstehende Rechtsgut.⁵¹

1.4.2 Grundrechte

Neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollen als Schranken-Schranken auch die Unionsgrundrechte treten. Dies äußert sich darin, dass wenn sich ein Mitgliedstaat auf zwingende Erfordernisse beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, den freien Warenverkehr zu behindern, diese Rechtfertigung „im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte“ auszulegen ist.⁵²

Dies ist seit Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU Grundrechte Charta zunehmend umstritten, genauer gesagt umstritten ist die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte. Auf diesen Punkt wird im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

2. Adressat der Grundfreiheiten / Bindung an die Grundfreiheiten

Fraglich ist, wer an die Grundfreiheiten gebunden ist und somit Adressat der Grundfreiheiten sein kann.

2.1. Mitgliedstaaten

Die Grundfreiheiten schützen in erster Linie vor staatlichen Maßnahmen. Insofern sind die Mitgliedstaaten – samt ihrer innerstaatlichen Stellen - und die Unionsorgane (wie beispielsweise die EU-Kommission) an die Grundfreiheiten gebunden.⁵³ Im Verhältnis zwischen Mitgliedstaat und Unionsbürger wirken die Grundfreiheiten somit vertikal.⁵⁴ Für den weiteren Verlauf der Arbeit entscheidender ist aber die Frage, ob auch natürliche Personen und private Organisationen an die Grundfreiheiten gebunden sind.

51 Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, 29, 30, Rdn. 98, 3. Auflage.

52 Herdegen, § 14 Rdn. 8, 12. Auflage; EuGH „Familiapress“ BeckEuRS 1997, 221899, Rdn. 24.

53 Herdegen, § 14 Rdn. 11, 12. Auflage.

54 Roloff, S. 187.

2.2 Drittwirkung der Grundfreiheiten und die Bindung Privater

Wie bereits angedeutet, unterscheidet man zwischen horizontaler und vertikaler Wirkung. Wenn sich Private gegenüber dem Mitgliedstaat auf die Grundfreiheiten berufen, spricht man von vertikaler, wenn das Gemeinschaftsrecht einem Privaten Rechte gibt oder Pflichten auferlegt, die er im Verhältnis zu anderen Bürgern zu beachten hat, spricht wenn sich Private gegenüber anderen Privaten auf Grundfreiheiten berufen, spricht man von horizontaler Wirkung oder auch **unmittelbarer Drittwirkung**.⁵⁵

Das Gegenstück zur unmittelbaren Drittwirkung ist die sogenannte **mittelbare Drittwirkung**. Mittelbare Drittwirkung ist gegeben, wenn die Grundfreiheiten zwar generell Verpflichtungen für Private vorsehen, jedoch mitgliedstaatliche Umsetzungs- und Vollzugsakte als Voraussetzung dafür erforderlich sind, dass Private in ihrem Verhalten verpflichtet werden.⁵⁶ In Anlehnung an die deutsche Grundrechtsdogmatik geht man davon aus, dass bei einer mittelbaren Drittwirkung der einzelne Private nicht verpflichtet wird. Die Grundrechte und Grundfreiheiten entfalten Wirkung über eine objektive Werteordnung, die generell zu beachten ist, oder weil der Richter die Grundrechte und Grundfreiheiten wegen ihrer Schutzfunktion bei der Auslegung des Privatrechts zu beachten hat.⁵⁷ Teilweise werden hier auch die Begriffe unmittelbare und mittelbare Bindung Privater bevorzugt.⁵⁸ Dies hat aber lediglich terminologische Auswirkungen. Strittig ist, ob die Grundfreiheiten unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten. Dies wurde zunächst im Rahmen des Diskriminierungsverbots diskutiert.

2.2.1 Unmittelbare Drittwirkung des Diskriminierungsverbots – Vlaamse Reisbureaus und Kommission/Frankreich

Früher war der EuGH der Ansicht, dass Vereinbarungen zwischen Privaten keinesfalls „von den zwingenden Bestimmungen des Vertrags über den freien Warenverkehr abweichen dürfen“, spricht man dürfe sich nicht auf die Vereinbarung berufen, um den Absatz der Ware als eine unlautere oder unzulässige Handelspraxis zu qualifizieren.⁵⁹ Somit bestand eine horizontale

⁵⁵ Ganten, S. 23.

⁵⁶ Parpart, S. 19.

⁵⁷ Ganten, 27.

⁵⁸ Parpart, S. 18 f..

⁵⁹ EuGH GRUR Int. 1981, S. 393 ff. (397).

Bindung zwischen Privaten. Ein Richtungswechsel zeichnete sich schon beim sogenannten „**Vlaamse Reisbureaus**“ - Urteil ab. Hier entschied der EuGH, dass sich die Art. 34 ff. AEUV / Art. 28 ff. EGV nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Vereinbarungen von Unternehmen – hier Reiseveranstalter und Reisevermittler – untereinander beziehen.⁶⁰ Er verwies die Marktteilnehmer somit auf die Art. 101, 102 AEUV / Art. 81, 82 EGV. Hiermit verfolgte der EuGH die Linie, dass private Handlungen, die den freien Binnenmarkt berühren, indem sie an die geographische Herkunft von Waren anknüpfen, dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen seien.⁶¹

Später ging er dann bei der Warenverkehrsfreiheit dazu über, die Grundfreiheiten nicht nur als Gleichheits- und Freiheits-, sondern auch als Schutzrechte anzusehen. In der „**Kommission/Frankreich**“ Entscheidung gab der EuGH einer Vertragsverletzungsklage der EU Kommission gegen Frankreich statt. Hier ging es darum, dass sich französische Landwirte Anfang der 1990er Jahre teilweise zusammenschlossen, um Gewalt- und Protestaktionen gegen landwirtschaftliche Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu verüben. Es wurden unter anderem LKW aus den Mitgliedstaaten bei der Einfuhr angehalten, um die Ware zu zerstören. Außerdem ist es zur Einschüchterung französischer Einzel- und Großhändler gekommen, die dazu bewegt werden sollten, ausschließlich französische Ware zu kaufen.⁶² Der EuGH urteilte, dass die Mitgliedstaaten nicht nur verpflichtet seien, den innergemeinschaftlichen Handel beschränkende Maßnahme zu unterlassen, sondern auch gegen solche Beschränkungen vorzugehen, die nicht auf den Staat zurückzuführen seien.

⁶³ Teilweise wird auch eine **unmittelbare und uneingeschränkte Drittwirkung** angenommen unter Hinweis auf eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts („*effet utile*“ – Grundsatz). Der freie Wirtschaftsverkehr könne nur dann wirkungsvoll geschützt werden, wenn sämtliche Hemmnisse unabhängig von ihrem Ursprung und der in den Mitgliedstaaten jeweils unterschiedlichen Zuordnung einzelner Verhaltensweisen am Maßstab der Grundfreiheiten gemessen werden.⁶⁴

60 EuGH, Urteil vom 01.10.1987 – C – 311/85, BeckEuRS 1987, 133043 Rdn. 30.

61 Tiedje/Trober, in: von der Groeben/Schwarze, Art. 43, Rdn. 134, 6. Auflage.

62 EuGH EuZW 1998, S. 84 ff. (84).

63 EuGH EuZW 1998, S. 84 ff. (85).

64 Ganten, S. 94.

Andere sind der Meinung, dass zwar keine unmittelbare, aber dafür eine mittelbare Drittwirkung vorliegen könne.⁶⁵

Gegen eine unmittelbare Wirkung spreche schon die Systematik. Der Vertrag enthalte bereits mit den Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV Vorschriften, die zwar nicht alle Maßnahmen, sondern nur bestimmte Beschränkungen zwischen Privaten und Unternehmen beschränken, die somit zumindest aber einen teilweisen Schutz gegen private Maßnahmen bieten. Die Annahme der unmittelbaren Wirkung würde die Systematik bzw. die Vorschriften der Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV unterlaufen, die geschaffen wurden, um eben nur diese bestimmten Sachverhalte zu erfassen.

⁶⁶ Außerdem sei eine Drittwirkung aufgrund der schutzrechtlichen Funktion der Grundfreiheiten, wie sie der EuGH in der „**Kommission/Frankreich**“ Entscheidung angenommen habe, nicht nötig. Anstelle der Bindung Privater, setze das Schutzrecht für die Mitgliedstaaten eine Gewährleistungsverantwortung für die Grundfreiheiten, die im Falle eines Unterlassens des erforderlichen Schutzes verletzt werde.⁶⁷ Aus den besagten Gründen ist diese Ansicht zu bevorzugen. Somit gelten die Grundfreiheiten nicht unmittelbar zwischen Privaten.

2.2.2 Unmittelbare Drittwirkung des Beschränkungsverbots

Ausführungen zur unmittelbaren Bindung an das Beschränkungsverbot erfolgen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

3. Ergebnis

Es ist mittlerweile weitestgehend unumstritten, dass sich aus den Grundfreiheiten nicht nur ein Diskriminierungs- sondern auch ein Beschränkungsverbot ergibt. Die Beschränkungen können gerechtfertigt werden, wobei der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund auch für das Diskriminierungsverbot gilt. Weiterhin sprechen unter anderem systematische Gründe gegen eine unmittelbare Bindung der Warenverkehrsfreiheit / der Grundfreiheiten.

⁶⁵ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (465).

⁶⁶ Kingreen; in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 115, 3. Auflage.

⁶⁷ Kingreen, in: Callies/Ruffert, Art. 28, Art. 29, Art. 30, Rdn. 116, 3. Auflage.

C. Beschränkungsverbot im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV

Da sich die Arbeit mit Beschränkungsverboten im Arbeitsrecht beschäftigt, wird nachfolgend das Beschränkungsverbot im Rahmen des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV - als zentrale Vorschrift des europäischen Arbeitsrecht - untersucht. Auch hier orientiert sich der Aufbau an der Prüfungsstruktur des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV, wobei der Fokus nach wie vor auf der nichtdiskriminierenden Beschränkung liegt, da die jüngere Rechtsprechung und Literatur sich ebenfalls mit dieser Thematik beschäftigen.

1. Anwendungsbereich

Wie oben bereits dargestellt⁶⁸ unterscheidet man zwischen dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich.

1.1 persönlicher Anwendungsbereich

Fraglich ist, wer sich auf Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV berufen kann. Gem. Art. 45 Abs. 1 AEUV / Art. 39 Abs. 1 EGV wird die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union geschützt. Eine Legaldefinition existiert nicht. Fest steht aber, dass es ein gemeinschaftsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff sein sollte, da es sonst jeder Mitgliedstaat in der Hand hätte, beliebigen Personengruppen den Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu entziehen.⁶⁹ Laut dem EuGH ist der Begriff anhand objektiver Kriterien zu bestimmen, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses bestehe darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁷⁰ Wie im deutschen Arbeitsrecht unterfallen somit nur unselbständige Tätigkeiten dem Begriff.⁷¹ Eine zeitliche Mindestdauer, die Unterscheidung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigung und die Art des Rechtsverhältnisses sind nicht relevant.⁷²

⁶⁸ siehe B. 1.1.

⁶⁹ Thüsing, § 2 Rdn. 12.

⁷⁰ EuGH NVwZ 1987, S. 41 f. (41).

⁷¹ Thüsing, § 2 Rdn. 14.

⁷² Erfurter Kommentar/Wißmann, Art. 45 AEUV, Rdn. 8, 11. Auflage.

1.2 sachlicher Anwendungsbereich

Zu prüfen ist weiterhin der sachliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Diesen umschreibt Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV nicht vollständig. In Art. 45 Abs. 1 AEUV / Art. 39 Abs. 1 EGV wird die Arbeitnehmerfreizügigkeit erwähnt, in Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV wird die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch das Diskriminierungsverbot und in Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV durch die Aufzählung einzelner Rechte konkretisiert.⁷³ In der sogenannten „Finalarte“ Entscheidung, in der die Urlaubskassenpflicht des deutschen Arbeitnehmerentsendegesetzes an den Grundfreiheiten gemessen wurde, machte der EuGH die Einschlägigkeit des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV davon abhängig, ob die Arbeitnehmer **Zutritt zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaates** begehren.⁷⁴ Daraus kann geschlossen werden, dass Kennzeichen der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Zutritt zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates ist und somit ist ein grenzüberschreitender Bezug notwendig.⁷⁵ Gem. Art. 45 Abs. 3a AEUV / Art. 39 Abs. 3a EGV hat der Arbeitnehmer das Recht sich um Stellen zu bewerben. Insofern kann sich der Arbeitnehmer während der Arbeitssuche frei im Mitgliedstaat bewegen. Mit dem Recht sich in einen anderen Mitgliedstaat zur Arbeitssuche zu begeben, korrespondiert gleichzeitig das Recht aus dem Herkunftsland auszureisen.⁷⁶ Weiterhin hat der Arbeitnehmer das Recht im Mitgliedstaat zur **Berufsausübung** zu verweilen.⁷⁷ Einer gesonderten Aufenthaltsgenehmigung bedarf es somit nicht.

1.3 Bereichsausnahme

Gem. Art. 45 Abs. 4 AEUV / Art. 39 Abs. 4 EGV ist die öffentliche Verwaltung vom Schutzbereich ausgenommen. Dies soll den Mitgliedstaaten noch einen Kernbereich ihrer hoheitlichen Befugnisse wahren.⁷⁸

73 Riesenhuber, § 3 Rdn. 16.

74 EuGH NZA 2001, S. 1377 ff. (1378).

75 Riesenhuber, § 3 Rdn. 16.

76 Riesenhuber, § 3 Rdn. 18.

77 EuGH EuZW 2004, S. 507 ff. (508).

78 Riesenhuber, § 3 Rdn. 22.

2. Beschränkungen

Auch im Rahmen des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV wird zwischen diskriminierender und nichtdiskriminierender Beschränkung und zwischen Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot unterschieden.

2.1 Diskriminierung und Diskriminierungsverbot

Im Vergleich zum allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz i.S.d. Art. 18 AEUV / Art. 12 EGV, wonach jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist, legt Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV fest, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen untersagt.⁷⁹ Insofern ist eine sogenannte **unmittelbare Diskriminierung** gegeben, wenn beispielsweise bestimmte Leistungen von der inländischen Staatsangehörigkeit abhängig gemacht werden. Unter den Diskriminierungsbegriff fallen nicht nur unmittelbare und offene Diskriminierungen, sondern auch mittelbare und versteckte.⁸⁰ Eine **Mittelbare Diskriminierung** liegt vor, wenn auf andere Unterscheidungsmerkmale abgestellt wird, die tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen.⁸¹ Dies ist häufig der Fall, wenn Regelungen an den Wohnsitz anknüpfen, sprich wenn ein bestimmter Wohnsitz vorausgesetzt wird. Dann sind häufig Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten betroffen.

2.2 Beschränkung und Beschränkungsverbot

Wie schon im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit – konkret im bereits erwähnten „Dassonville Urteil“⁸² -, fand im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV ebenfalls eine Entwicklung vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot statt.

2.2.1 Bosman, Lehtonen und Bernard

Als richtungsweisendes, zentrales Urteil, wird die „**Bosman**“ -

79 Hanau, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, § 15 Rdn. 149.

80 siehe B. 1.1.2.

81 Hanau, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, § 15 Rdn. 152.

82 siehe B. 1.2.3.1.

Entscheidung betrachtet. Hier ging es darum, dass der belgische Berufsfußballer Jean Marc Bosman, der bei einem belgischen Fußballverein angestellt war, nach Ablauf seines Vertrages zu einem französischen Verein wechseln wollte. Der Transfer scheiterte unter anderem an den von nationalen und europäischen (UEFA) Verbänden aufgestellten Transferregelungen, nach denen der französische Club an den belgischen Club eine Transferentschädigung / Ausbildungsentschädigung hätte zahlen müssen. Hierzu hat der EuGH entschieden, dass Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch zu machen, eine Beeinträchtigung darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung fänden.⁸³ Hierunter fielen auch die besagten Transferregelungen der nationalen und europäischen Verbände, da Spieler nicht wechseln konnten, wenn der neue Verein die Transferentschädigung nicht zahlen wollte. Insofern war der Arbeitsplatzwechsel in einen anderen Mitgliedstaat nicht möglich.

Ähnlich zum Bosman Urteil entschied der EuGH in der Sache **Lehtonen**. Hier ging es um den finnischen Basketballspieler Jyri Lehtonen, der zunächst an der finnischen Meisterschaft teilnahm und nach deren Beendigung von dem belgischen Verein Castors Braine für die Endphase der belgischen Meisterschaft verpflichtet wurde. Diese Verpflichtung verstieß gegen eine Regelung des Basketball Weltverbandes, der Federation internationale de basketball (kurz Fiba). Art. 3a der Fiba Regelung bestimmt für nationale Meisterschaften allgemein, dass Vereine nach einem für die jeweilige, von der Fiba festgelegte Zone geltenden Stichtag in ihre Mannschaft keine Spieler mehr aufnehmen dürfen, die in der derselben Saison bereits in einem anderen Land dieser Zone gespielt haben. Für die europäische Zone war Stichtag der 28.02. Lehtonen schloss mit Castors Braine am 03.04.1996 einen Vertrag und somit verstießen die Parteien gegen Art. 3a. Daraufhin erließ der belgische Basketballverband Sanktionen und wertete ein Spiel von Castors Braine als verloren.⁸⁴ Der EuGH sah in

83 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (510).

84 EuGH EuZW 2000, S. 375 ff. (376).

dieser Regelung ebenfalls eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Es spiele keine Rolle, dass die fraglichen Regelungen nicht die Beschäftigung solcher Spieler betreffen, sondern die Möglichkeit der Vereine die Spieler für ein offizielles Spiel aufzustellen. Da die Teilnahme an solchen Spielen das wesentliche Ziel der Tätigkeit eines Spielers ist, liege es auf der Hand, dass Regelungen, die diese Teilnahme behindern, auch die Beschäftigungsmöglichkeit der Spieler beschränkten.⁸⁵ Somit liegt hiernach eine Beschränkung i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV vor.

Bestätigt hat der EuGH diese Linie jüngst in der Sache „**Olympique Lyonnais SASP / Olivier Bernard**“. In seiner Entscheidung vom 16.03.2010 ging es darum, dass ein Nachwuchsspieler von Olympique Lyonnais – Olivier Bernard – vor Ablauf seines Nachwuchsspielervertrages ein Profivertragsangebot seitens Olympique Lyonnais ablehnte und stattdessen einen Vertrag als Berufsspieler bei Newcastle UFC abschloss, sprich von Frankreich nach England wechseln wollte. Nach Art. 23 der Berufsfußball Charta für die Saison 1997/98 der Federation Francais de Football, kurz Charta genannt, sind die sogenannten „Espoir“, sprich Nachwuchsspieler dazu verpflichtet, den ersten Vertrag nach der Ausbildung mit dem auszubildenden Verein zu schließen, wenn der Verein dies verlangt.

⁸⁶ Der EuGH stellt zum einen klar, dass Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV den Unionsbürgern die Berufsausübung jeglicher Art in den Unionsländern erleichtern soll und Maßnahmen entgegenstehe, die diese Staatsangehörigen benachteiligen könnten, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates ausüben wollen.⁸⁷ Nationale Bestimmungen, die einen Arbeitnehmer, der Unionsbürger ist, daran hindern oder davon abhalten sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen eine Beeinträchtigung der Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Arbeitnehmer angewandt werden.⁸⁸ Es reiche aus, wenn die Regelung den Arbeitnehmer davon abhalten könne oder es zumindest

⁸⁵ EuGH EuZW 2000, S. 375 ff. (378).

⁸⁶ EuGH NJW 2010, S. 1733 ff. (1734).

⁸⁷ EuGH NJW 2010, S. 1733 ff. (1734).

⁸⁸ EuGH NJW 2010, S. 1733 ff. (1735).

weniger attraktiv mache, von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen.⁸⁹ Die Charta stellt somit eine Beschränkung i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV dar.

2.2.2 Begründung eines Beschränkungsverbots

Der EuGH nimmt also auch im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV die Existenz eines Beschränkungsverbots an. Einer Begründung, woraus sich dieses Beschränkungsverbot ergibt, bleibt der EuGH in den jeweiligen Entscheidungsgründen weitestgehend schuldig. Insofern ist fraglich, wie man ein solches Beschränkungsverbot herleiten könnte. Nach der Methodik der Gesetzesauslegung sind der Wortlaut, die Systematik und die Zielsetzung (Teleologische Auslegung) des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV zu untersuchen.

2.2.2.1 Wortlaut des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV

Zu prüfen ist, ob sich das Beschränkungsverbot bereits aus dem Wortlaut des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV ergibt, wie es teilweise angenommen wird.⁹⁰ Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV verbietet jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer. Von einer Beschränkung wird gerade nicht gesprochen. Es handelt sich bei Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV um das Diskriminierungsverbot. Das Beschränkungsverbot könnte sich im Umkehrschluss aus Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV ergeben. Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV gibt dem Arbeitnehmer verschiedene Rechte wie zum Beispiel gem. Art. 45 Abs. 3a) AEUV / Art. 39 Abs. 3a) EGV das Recht, sich innerhalb der Union auf ausgeschriebene Stellen zu bewerben. Diese Rechte können aber nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit beschränkt werden. Insofern können die Rechte aus anderen als den genannten Gründen nicht beschränkt werden. Problem ist, dass sich dieses Beschränkungsverbot nur auf die ausdrücklich erwähnten Rechte bezieht. Worte wie „insbesondere“, die auf eine nicht abschließende Regelung schließen lassen, fehlen bei Art.

⁸⁹ EuGH NJW 2010, S. 1733 ff. (1735).

⁹⁰ Thüsing, § 2 Rdn. 51.

45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV. Insofern kann ein allgemeines Beschränkungsverbot nicht mit hinreichender Sicherheit aus dem Wortlaut des Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV entnommen werden.⁹¹

2.2.2.2 Systematik

Da sich aus dem Wortlaut ein allgemeines Beschränkungsverbot nicht eindeutig entnehmen lässt, ist die Systematik heranzuziehen. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV ist somit im Verhältnis zur Niederlassungsfreiheit i.S.d. Art. 49 AEUV / Art. 43 EGV und zur Dienstleistungsfreiheit i.S.d. Art. 56 AEUV / Art. 49 EGV zu sehen. Sowohl Art. 49 AEUV / Art. 43 EGV, als auch Art. 56 AEUV / Art. 49 EGV sprechen eindeutig von Beschränkungen, die verboten sind. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV lässt sich ein solches Verbot – wie bereits erwähnt - nicht eindeutig entnehmen. Eine Ablehnung aus systematischen Gründen, komme aber nur in Frage, wenn sich aus dem Wortlaut der Art. 49, 56 AEUV / Art. 43, 49 EGV eindeutig ein Beschränkungsverbot ergäbe und dieses dem Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV bewusst vorenthalten wurde.⁹² Jedoch sprechen die Art. 49 Abs. 1, 56 Abs. 1 AEUV / Art. 43 Abs. 1, 49 Abs.1 EGV jeweils von Beschränkungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit und somit gerade nicht von einem unterschiedslosen Beschränkungsverbot. Aus der Gegenüberstellung der Wortlaute ergeben sie weder Gründe für ein Beschränkungsverbot, noch eindeutig gegen eines.

2.2.2.3 Teleologische Auslegung des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV

Teleologisch betrachtet könnte vor allem die Schaffung eines einheitlichen europäischen Arbeitsmarktes für die Existenz eines Beschränkungsverbots sprechen. Wenn ein Arbeitnehmer daran gehindert werden könne, seinen Arbeitsplatz zu verlassen, um einen neuen Arbeitsplatz anzunehmen, könne von einem europäischen Arbeitsmarkt nicht die Rede sein.⁹³

Teilweise wird vertreten, dass die Beschränkungsverbote zwar den Freiheitsrechten angenähert seien, sich jedoch wie Diskriminierungsverbote

⁹¹ Heyer, S. 214.

⁹² Heyer, S. 214.

⁹³ Thüsing, § 2 Rdn. 51.

auf den Gleichheitssatz zurückführen lassen.⁹⁴ Insofern setzten die Grundfreiheiten, sprich vorliegend die Arbeitnehmerfreizügigkeit eine abstrakte Ungleichbehandlung voraus und man könne sie als besonders weit zu verstehendes Diskriminierungsverbot ansehen.⁹⁵ Deswegen wurden sie vereinzelt auch als Grundgleichheiten und nicht als Grundfreiheiten bezeichnet.⁹⁶ Zu beachten ist aber, dass die Vertreter dieser Ansicht keine Ungleichbehandlung zwischen In- und Ausländern, sondern zwischen innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Wirtschaftsvorgängen voraussetzen.⁹⁷ Zudem fehle es der Gemeinschaft aufgrund des Subsidiaritätsprinzips an der Kompetenz zu einer umfassenden Prüfung mitgliedstaatlicher Maßnahmen.⁹⁸ Die Grundfreiheiten schützten nur vor Beschränkungen, wenn die Maßnahme der Mitgliedstaaten nicht durch nationale Grundrechte erreichbar sei.⁹⁹

Zu bevorzugen ist jedoch die Ansicht, die aus der Schaffung eines einheitlichen europäischen Arbeitsmarktes, ein Beschränkungsverbot ableitet. Hierfür spricht auch Art. 3 Abs.1 lit. c) EGV, der nach der Umbenennung von EGV in AEUV in den Art. 4 Abs. 2 lit. b, Art. 4 Abs. 2 lit. f), 26 Abs. 2 AEUV aufgeht, wobei zu beachten ist, dass es sich bei Art. 4 Abs. 2 AEUV um Regelungen über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und den einzelnen Mitgliedstaaten handelt. Die Union müsse hiernach einen Binnenmarkt ohne Binnengrenzen gewährleisten, in dem der freie Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr möglich ist.

Dass das Beschränkungsverbot keine Ausprägung des Diskriminierungsverbots ist, zeigte sich auch im bereits erwähnten Fall „**Lehtonen**“. Hier bejahte der EuGH eine Beschränkung der Freizügigkeit, obwohl letztendlich Ausländer gegenüber Inländern privilegiert wurden.¹⁰⁰ Für Spieler der inländischen belgischen Vereine gälten zwar strengere Transferfristen als für Spieler, die aus einem EU Mitgliedstaat nach Belgien wechselten, gleichwohl werde aber die Freizügigkeit der Spieler dadurch

94 Ganten, S. 99.

95 Parpart, S. 350.

96 Jarass, EuR 1995, S. 202 ff. (216).

97 Jarass, EuR 1995, S. 202 ff. (216).

98 Kingreen, S.104.

99 Kingreen, S. 111.

100 Roloff. S.39.

eingeschränkt, dass es den belgischen Vereinen untersagt werde, Spieler nach einem gewissen Zeitpunkt einzusetzen.¹⁰¹ Hieran zeigt sich, dass der EuGH die Beschränkung der Freizügigkeit an sich betrachtet, ohne dass zugleich eine Ungleichbehandlung bei der Grenzüberschreitung in einen anderen Mitgliedstaat nötig wäre.

2.3 Einschränkung des Beschränkungsbegriffs

Problematisch an einem weiten Beschränkungs begriff ist, dass sich praktisch jede innerstaatliche Regelung auf die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auswirken könnte. So könnte ein Arbeitnehmer zum Beispiel von hohen Einkommenssteuersätzen davon abgehalten werden, sich in dem betreffenden Mitgliedstaat einen Arbeitsplatz zu suchen. Der Kreis der einschränkenden Regelungen ist sehr weit und kann die gesamte Rechtsordnung umfassen. Würde man alle Regelungen als Beschränkung auffassen, unterlägen alle dem Zwang einer europarechtlichen Rechtfertigung und der Kontrolle des EuGH, was die Souveränität der Mitgliedstaaten einschränken würde.¹⁰² Deswegen hat man sowohl in der Literatur, als auch in der Rechtsprechung versucht das Beschränkungsverbot einzuschränken, was nachfolgend dargestellt werden soll.

2.3.1 Graf Filzmoser

In dem Rechtsstreit Volker **Graf gegen die Filzmoser Maschinenbau GmbH** versuchte der EuGH den Beschränkungs begriff einzugrenzen. Der Kläger Herr Graf war bei der Beklagten – der Filzmoser GmbH mit Sitz in Österreich – angestellt. Der Kläger kündigte 1996 seinen Vertrag bei der Beklagten, um bei der G. Siempelkamp GmbH & Co. mit Sitz in Deutschland / Düsseldorf eine neue Beschäftigung aufzunehmen. Gem. § 23 Abs. 1 AngG¹⁰³ haben Arbeitnehmer bei ununterbrochener Dauer des Dienstverhältnisses bei Auflösung einen Anspruch auf Abfertigung, sprich Abfindung. Diese beträgt grundsätzlich das Zweifache, des dem Angestellten für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden

101 EuGH EuZW 2000, S. 375 ff. (378).

102 Thüsing, § 2 Rdn. 54.

103 AngG steht im Folgenden für das Österreichische Angestelltengesetz.

Entgelts. Gem. § 23 Abs. 7 AngG besteht der Anspruch nicht, wenn der Arbeitnehmer kündigt, wenn er ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt und wenn ihn ein Verschulden an der vorzeitigen Entlassung trifft. Unter Berufung auf § 23 Abs. 7 AngG verweigerte die Beklagte die Abfindung. Der Kläger verklagte die Beklagte auf Zahlung und machte unter anderem geltend, dass § 23 Abs. 7 AngG gegen Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV verstoße.¹⁰⁴

Der EuGH stellte abermals fest, dass Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV nicht nur jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung erfasse, sondern auch nationale Regelungen verbiete, die unterschiedslos anwendbar sind und die einen EU-Bürger daran hindern, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen und somit eine Beschränkung der Freizügigkeit darstellen.¹⁰⁵ Nichtsdestotrotz entschied der EuGH, dass § 23 Abs. 7 AngG die Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV nicht einschränke. Diese Regelung sei nicht geeignet, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, sein Arbeitsverhältnis zu beenden, um eine unselbständige Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber auszuüben, denn der Abfindungsanspruch hänge nicht von der Entscheidung des Arbeitnehmers ab, ob er bei seinem derzeitigen Arbeitgeber bleibe oder nicht, sondern von einem zukünftigen hypothetischen Ereignis, nämlich einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die der Arbeitnehmer weder herbeigeführt noch zu vertreten habe. Ein solches Ereignis sei zu **ungewiss und wirke zu indirekt**, als dass eine Regelung, die an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer selbst ausdrücklich nicht dieselbe Rechtsfolge knüpfe wie eine Beendigung, die er weder herbeigeführt noch zu vertreten habe, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könne.¹⁰⁶ Kriterien wie „zu ungewiss“ oder „zu indirekt“ sind aber zu ungenau und insofern nicht geeignet, zukünftige Fälle in vorhersehbarer rationaler Weise zu entscheiden und können somit auch nicht als Eingrenzung des weiten Beschränkungsbegriffs sinnvoll eingesetzt werden.¹⁰⁷

104 EuGH EuZW 2000, S. 252 ff. (252).

105 EuGH EuZW 2000, S. 252 ff. (253).

106 EuGH EuZW 2000, S. 252 ff. (253).

107 Thüsing, § 2 Rdn. 59.

2.3.2 Übertragung der Keck Formel

Teilweise wird geprüft, ob man den weiten Beschränkungs begriff nicht dadurch begrenzen kann, dass man die Keck Formel anwendet.¹⁰⁸ Dieser Meinung war unter anderem die UEFA in der Sache Bosman, indem sie die Transferregeln mit Beschränkungen von Verkaufsmodalitäten wie sie in der Sache Keck stattfanden gleichsetzten.¹⁰⁹

Dieser Meinung schloss sich der EuGH nicht an. Es genüge nämlich der Hinweis darauf, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regeln zwar auch für die Wechsel zwischen Vereinen gelten, die im selben Mitgliedstaat unterschiedlichen nationalen Verbänden angehören, und dass sie denen entsprechen, denen die Wechsel zwischen Vereinen unterliegen, die demselben nationalen Verband angehören. Dies ändere aber nichts daran, dass diese Regeln den Zugang der Spieler zum Arbeitsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten unmittelbar beeinflussen und somit geeignet seien, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Man könne sie daher nicht den Regelungen über die Modalitäten des Verkaufs von Waren gleichstellen, die nach dem Urteil Keck und Mithouard nicht in den Anwendungsbereich von Art. 36 AEUV / Art. 30 EGV fallen.¹¹⁰ Somit lehnt der EuGH in der „**Bosman**“ Entscheidung die Übertragung der „**Keck**“ - Grundsätze ab, da es sich bei den Transferregeln um Beschränkungen handelt, die den **Zugang zum Arbeitsmarkt** beschränken und somit die Freizügigkeit der Arbeitnehmer unmittelbar einschränken. Dies könne man nicht mit Regeln über Verkaufsmodalitäten vergleichen.¹¹¹ Diese Ansicht ist zu bevorzugen. Die Anwendung der Differenzierungsmerkmale Produktbezogenheit und Verkaufsmodalitäten ist nicht möglich. Menschen und Produkte sind nicht vergleichbar, da es an der Dreieckskonstellation von Einführendem, Ware und beschränkendem Mitgliedstaat fehlt. Der Arbeitnehmer bietet sich nicht als Ware an, sondern er und seine Arbeitskraft sind eine untrennbare Einheit.¹¹² Somit werden die Grundsätze des „**Keck**“ Urteils nicht auf das Beschränkungsverbot des Art. 45 AEUV / Art . 39 EGV übertragen.

108 Brigola, S. 83.

109 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (510).

110 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (510).

111 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (510).

112 Roloff, S. 103.

2.3.3 Unterscheidung zwischen Zugang und Ausübung

Eine Begrenzung des Beschränkungsbegriffs könnte dadurch erfolgen, dass man zwischen Arbeitsmodalitäten auf der einen und Regelungen, die die Rechtsstellung des Arbeitnehmers unmittelbar betreffen, auf der anderen Seite, unterscheidet.¹¹³ Dies wäre vergleichbar mit der Unterscheidung im deutschen Beamtenrecht zwischen „**Grundverhältnis**“ und „**Betriebsverhältnis**“. Eine Transferregelung, die einen Verein davon abhält, einen Spieler eines anderen Vereins aus einem anderen Mitgliedstaat zu verpflichten, betrifft somit schon das „Grundverhältnis“ des Spielers und nicht nur das „Betriebsverhältnis“.¹¹⁴ Im „**Bosman**“ Urteil zeigt sich, dass die Maßnahme den **Zugang zum Arbeitsmarkt** beschränken muss. Ausübungsregeln sind hiervon nicht betroffen.¹¹⁵ Dies ergibt sich wieder aus dem Schutzzweck der Grundfreiheiten, den ungehinderten Verkehr im Binnenmarkt und somit das Betreten der Märkte sicherzustellen. Somit kann in Bezug auf eine Beschränkung nur das „**Ob**“ und nicht das „**Wie**“ des Zugangs entscheidend sein. Wird der Arbeitgeberwechsel in einen anderen Mitgliedstaat durch Vorschriften, welche beispielsweise die Aufnahme des angestrebten Arbeitsverhältnisses betreffen, erschwert, ist der Zugang zum Arbeitsmarkt und somit das „Ob“ des Zugangs betroffen. Das „Wie“ wird beispielsweise bei steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Nachteilen beim Wechsel des Arbeitsmarktes betroffen.¹¹⁶ Arbeitsmodalitäten wie Ablösesummen betreffen zwar das „Wie“, können bei entsprechender Höhe, aber wie eine Zugangsbeschränkung wirken, da der angestrebte Arbeitgeber die Geldsumme unter Umständen nicht aufbringen möchte oder nicht aufbringen kann. Somit wird der Beschränkungs begriff nicht durch eine Übertragung der Keck Formel eingeschränkt, sondern durch eine Unterscheidung zwischen Zugangs- und Ausübungsbeschränkung eingegrenzt, wobei Ausübungsregeln dann eine Beschränkung darstellen, wenn sie wie eine Zugangsbeschränkung wirken.

113 Brigola, S. 84.

114 Brigola, S. 84.

115 Roloff, S. 105.

116 Roloff, S. 109.

3. Rechtfertigung / Schranken

Zu prüfen ist weiterhin, was eine nichtdiskriminierende Beschränkung rechtfertigen kann. Dies wird nachfolgend dargestellt.

3.1 geschriebene Rechtfertigungsgründe gem. Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV

Gem. Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV sind Beschränkungen der dort genannten Rechte gerechtfertigt, wenn Gründe der Öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit vorliegen. Fraglich ist, ob die Schranken des Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV auf das allgemeine Beschränkungsverbot angewendet werden können. Wie oben bereits festgestellt wurde, ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV kein Beschränkungsverbot, weil die Aufzählung der Rechte abschließend ist. Insofern dürfte man die Schranken auch nicht auf dieses Verbot anwenden.

Teilweise wird vertreten, dass sich der Rechtfertigungsgrund allgemein auf die Gewährleistungen des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV beziehe. Hierfür spreche schon, dass auch bei der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit nicht nur für einen Teilbereich der Gewährleistungen einschlägig sei.¹¹⁷ Dies kann man aber auch so auslegen, dass gerade bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur Eingriffe in bestimmte Rechte gerechtfertigt werden sollten, was einer Auslegung eng am Wortlaut entspräche. Außerdem spricht gegen eine Anwendung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe die Tatsache, dass der EuGH in seinen Urteilen „**Bosman, Lehtonen und Bernard**“ den Vorbehalt des Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV überhaupt nicht erwähnt. Somit ist eine Auslegung nah am Wortlaut zu bevorzugen, sprich die Rechtfertigungsgründe beziehen sich nur auf die in Art. 45 Abs. 3 AEUV / Art. 39 Abs. 3 EGV gewährten Rechte. Somit werden die geschriebenen Rechtfertigungsgründe nicht auf das allgemeine Beschränkungsverbot angewendet.

¹¹⁷ Randelzhofer/Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, Art. 39 Rdn. 209, 40. Auflage.

3.2 ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Fraglich ist, ob ungeschriebene Rechtfertigungsgründe die Beschränkung rechtfertigen können. Der EuGH hält eine nichtdiskriminierende Beschränkung für gerechtfertigt, wenn sie aus **zwingenden Gründen des Allgemeininteresses** erfolgt. Dies hat er nach „**Bosman**“¹¹⁸, zuletzt in der „**Bernard**“ Entscheidung bestätigt.¹¹⁹ Der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund lässt sich damit rechtfertigen, dass mit dem weiten Beschränkungsverbot auch ein weiterer Rechtfertigungsgrund korrespondieren müsse.¹²⁰ Aus Sicht der Mitgliedstaaten läge eine unangemessene Betonung der Freizügigkeit vor.¹²¹ Als Allgemeininteresse hat der EuGH beispielsweise im Fall „**Bosman**“ die Chancengleichheit unter den Vereinen¹²² und in der Sache „**Bernard**“ die „Anwerbung und Ausbildung von Nachwuchsspielern“¹²³ herausgestellt.

3.3 kollidierendes Vertragsrecht

Wie bereits oben schon angesprochen,¹²⁴ sind die Unionsgrundrechte geeignet, Beschränkungen der Grundfreiheiten und somit auch der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu rechtfertigen. In Kollision zur Arbeitnehmerfreizügigkeit kann somit die Berufsfreiheit des Arbeitgebers, die Vereinigungsfreiheit von Verbänden und die Eigentumsfreiheit der Unternehmer treten.¹²⁵

4. Schranken-Schranken

Die Beschränkung muss verhältnismäßig sein, sprich sie muss einen legitimen Zweck verfolgen und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

118 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (510).

119 EuGH NZA 2010, S. 346 ff. (348).

120 Brigola, S. 86.

121 Brigola, S. 86.

122 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (510).

123 EuGH NZA 2010, S. 346 ff. (346).

124 siehe B. 1.4.2.

125 Roloff, S. 185.

5. Adressat der Arbeitnehmerfreizügigkeit / Bindung an die Arbeitnehmerfreizügigkeit

Wie bei den anderen Grundfreiheiten ist fraglich, wer Adressat des Beschränkungsverbots ist. Besonders umstritten ist, ob einzelne Private oder private Vereinigungen an das Beschränkungsverbot des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV gebunden sein können.

5.1 Unmittelbare Drittwirkung und Bindung Privater an das Diskriminierungsverbot

Der EuGH beantwortet die Frage der Bindung einzelner Privater und privater Vereinigungen letztendlich eindeutig nur für das Diskriminierungsverbot, sprich es ging um Sachverhalte, in denen unmittelbar oder mittelbar auf die Staatsangehörigkeit abgestellt wurde.

5.1.1 Bindung privater Verbände: Walrave, Dona und Bosman

Untersucht wird zunächst, ob eine private Vereinigung wie beispielsweise ein (Sport-) Verband an die Arbeitnehmerfreizügigkeit gebunden werden kann. Erstmals nahm der EuGH in der Rechtssache „Walrave“ Stellung zur Bindung von Sportverbänden. Die beiden Niederländer Walrave und Koch beteiligten sich bei Bahnradrennen, sogenannten Steher-Rennen, als Schrittmacher auf Motorrädern, in deren Windschatten die Radrennfahrer fahren. Dies sollte höhere Geschwindigkeiten der Radrennfahrer ermöglichen. Sie nahmen auch an Weltmeisterschaften teil, bei denen die Regeln des Radsportverbandes Union Cycliste galten. Unter anderem galt, dass Schrittmacher und Radrennfahrer dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen müssen.¹²⁶ Insofern war zu beurteilen, ob diese Klausel mit Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV vereinbar ist. Eingewendet wurde, dass die in den Regelungen des Radsportverbandes enthaltenen Verbote nur Beschränkungen betreffen, die auf staatlichen Maßnahmen beruhen, nicht dagegen auf Beschränkungen, die von Rechtsgeschäften herrühren, deren Urheber Einzelpersonen oder privatrechtliche Vereinigungen seien.¹²⁷ Der EuGH entschied hierzu, dass den Art. 18, 45 AEUV / Art. 12, 39 EGV gemeinsam

¹²⁶ EuGH NJW 1975, S. 1093 ff. (1093).

¹²⁷ EuGH NJW 1975, S. 1093 ff. (1093).

sei, dass sie im jeweiligen Geltungsbereich jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung verböten. Dies gelte nicht nur für Akte der staatlichen Behörden, sondern erstrecke sich auch auf sonstige Maßnahmen, die eine kollektive Regelung im Arbeitsbereich enthielten. Die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr, die zu den wesentlichen Zielen der Gemeinschaft gehörten, sei gefährdet, wenn die Beseitigung staatlicher Schranken in ihren Wirkungen dadurch wieder aufgehoben würde, dass privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Schranken wieder aufrichten könnten.¹²⁸

Zum gleichen Ergebnis mit gleichlautender Begründung kam der EuGH auch im Fall „Dona“. Hier ging es unter anderem um die Vereinbarkeit einiger Bestimmungen des „Regolamento Organico Della Federazione Italiana Giuoco del Calcio“ (der italienische Fußballverband), wonach nur Staatsangehörige Mitglied im Verband werden konnten.¹²⁹ Im vorliegenden Fall war Voraussetzung der Verbandsmitgliedschaft, die wiederum Voraussetzung zur Spielberechtigung war, die italienische Staatsbürgerschaft.

Im Fall „Bosman“ verstießen vor allem die sogenannten Ausländerklauseln aus den Verbandssatzungen, wonach bei Profifußballspielen nur eine begrenzte Anzahl von Fußballspielern, die aus anderen Mitgliedstaaten sind, aufgestellt und verpflichtet werden konnten, gegen das Beschränkungsverbot aus Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV. Auch hier schloss sich der EuGH der Begründung und dem Ergebnis in der Sache Walrave an. Die Verbote sollen sich nicht nur auf behördliche Maßnahmen, sondern auch auf Vorschriften anderer Art erstrecken, die zur kollektiven Regelung unselbständiger Art dienen.¹³⁰ Somit unterfallen kollektive Regelungen von privaten Verbänden dem Diskriminierungsverbot.

5.1.2 Bindung einzelner Privater in der Rechtssache Angonese

Während es in den Fällen Walrave, Dona und Bosman (hier die Ausländerklauseln) um Diskriminierungen durch verbandsrechtliche

128 EuGH NJW 1975, S. 1093 ff. (1093).

129 EuGH BeckEuRs 1976, 53711 Rdn. 17/18.

130 EuGH NJW 1996, S. 505 ff. (509).

Vorschriften ging, lag dem EuGH in der Sache „**Angonese**“ gegen die private Sparkasse „Cassa di Risparmio di Bolzano SpA“ eine privatautonome Regelung als Gegenstand vor. Der Kläger, ein in der Provinz Bozen wohnender italienischer Staatsangehöriger deutscher Muttersprache, studierte von 1993 bis 1997 in Österreich. Im Anschluss an das Studium bewarb er sich auf eine Stelle in einer privaten Bankgesellschaft in Bozen, bei der „Cassa di Risparmio“. Die Stelle sollte über ein Auswahlverfahren vergeben werden. Bedingung zur Teilnahme am Auswahlverfahren war unter anderem die Bescheinigung über die Zweisprachigkeit (italienisch/deutsch), das sogenannte „patentino“. Die Bescheinigung, die normalerweise nur für den Zugang zur höheren Beamtenlaufbahn erforderlich ist, wird nach einer Prüfung ausgestellt, die faktisch nur in Bozen stattfindet und somit auch nur von der Behörde in Bozen ausgestellt wird.¹³¹ Der Kläger, der wie bereits erwähnt zweisprachig war, wurde in diesem Auswahlverfahren mangels „patentino“ nicht berücksichtigt.

Der EuGH bestätigt zunächst die Urteile Walrave und Bosman in Bezug auf kollektive Regelungen. Schranken, die man den staatlichen Behörden durch Beschränkungsverbote setze, dürfe man nicht dadurch zunichte machen, dass man private Vereinigungen und Einrichtungen von ihrer rechtlichen Autonomie Gebrauch machen lasse.¹³² Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten seien teilweise durch Gesetze oder Verordnungen und teilweise durch von Privatpersonen geschlossenen Verträgen oder sonstigen von ihnen vorgenommenen Akten geregelt und eine Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf behördliche Maßnahmen, könnte zu Ungleichheiten bei der Anwendung führen. Die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich an die Mitgliedstaaten gerichtet seien, schließe nicht aus, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein könnten. Deswegen gelte das Diskriminierungsverbot auch für alle die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen.¹³³ Insofern gilt

131 EuGH EuZW 2000, S. 468 ff. (468).

132 EuGH EuZW 2000, S. 468 ff. (469).

133 EuGH EuZW 2000, S. 468 ff. (469).

dies auch für jeden Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dies sei darin begründet, dass Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV eine spezielle Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbot i.S.d. Art. 18 AEUV / Art. 12 EGV darstelle und deshalb ebenso wie Art. 157 AEUV / Art. 141 EGV eine nicht diskriminierende Behandlung auf dem Arbeitsmarkt gewährleiste.¹³⁴ Der EuGH betont mit seinen Ausführungen den Gedanken des „**effet utile**“ und die Notwendigkeit einer gleichmäßigen Anwendung der Verbote. Durch die Annahme einer unmittelbaren Bindung, verlässt er im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch seine Linie, die er in der „**Vlaamse Reisbureaus**“ Entscheidung bei der Warenverkehrsfreiheit zuletzt eingeschlagen hat, nämlich, dass nicht die Grundfreiheiten, sondern die Wettbewerbsvorschriften gem. Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV zwischen Privaten einschlägig seien.¹³⁵ Somit gilt dem EuGH zufolge das Diskriminierungsverbot auch zwischen Privaten.

5.1.3 Mittelbare Bindung Privater

Das „**Angonese**“ Urteil und die Begründung der unmittelbaren Bindung ist auf Kritik gestoßen. Dem Gedanken des „**effet utile**“ wird entgegengehalten, dass man ihn nicht als Argument missverstehen oder missbrauchen dürfe, mit dem sich alles, was der Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts dienen soll, ohne weitere Reflexion begründen ließe.¹³⁶ Dem Argument der Kongruenz der Arbeitnehmerfreizügigkeit mit den Art. 18, 157 AEUV / Art. 12, 141 EGV, bei denen man unmittelbare Bindung annimmt, stehe entgegen, dass schon der Wortlaut des Art. 157 AEUV / Art. 141 EGV gegen eine unmittelbare Bindung spreche, da hier „jeder Mitgliedstaat“ den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen sicherstellen solle.¹³⁷ Außerdem bestehe zwischen Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV und Art. 157 AEUV / Art. 141 EGV schon ein struktureller Unterschied in dem Sinne, dass Art. 157 AEUV / Art. 141 EGV ein Gemeinschaftsgrundrecht darstelle, auf das sich jeder Unionsbürger gem. Art. 20 Abs. 1 AEUV / Art. 17 Abs. 1 EGV berufen könne. Unabhängig davon, ob ein zwischenstaatlicher

¹³⁴ EuGH EuZW 2000, S. 468 ff. (470).

¹³⁵ siehe B. 2.2.1.

¹³⁶ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (461).

¹³⁷ Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (462).

Sachverhalt vorliege.¹³⁸ Weiterhin spräche die Existenz der Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV aus bereits besagten vertragssystematischen Gründen gegen eine unmittelbare Bindung.¹³⁹ Hingegen nimmt man unter Rückgriff auf die aus der Grundrechtsdogmatik bekannte Schutzpflichtlehre eine mittelbare Bindung der Arbeitnehmerfreizügigkeit an. Hier könne man zwar nicht direkt gegen die beschränkende Maßnahme des Privaten vorgehen, jedoch treffe den Staat eine aus Art. 4 Abs. 3 AEUV / Art. 10 EGV i.V. mit den Grundfreiheiten resultierende Pflicht zur Schutzgewähr, die der EuGH in der Entscheidung „**Kommission/Frankreich**“ im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit anerkannt habe.¹⁴⁰ Die Mitgliedstaaten treffe somit eine Garantenpflicht für den Schutz der Grundfreiheiten vor Beeinträchtigungen durch Handlungen von Privatpersonen. Worauf diese Handlungen beruhen, das heißt ob sie im Rahmen der bestehenden Gesetze erfolgen oder außerhalb, sei unerheblich. Die so verstandene Garantenpflicht erfasse den Schutz vor sämtlichen freiheitsbeschränkenden Verhaltensweisen in den Formen des Privatrechts, sofern sich hierfür nicht ausnahmsweise Rechtfertigungsgründe anführen ließen.¹⁴¹ Somit erfährt man mittelbar Schutz gegenüber horizontalen Beschränkungen Privater. Eine unmittelbare Bindung greife zudem in die Privatautonomie ein und berücksichtige zu wenig, dass gerade auch privatautonomes Handeln, die Basis für die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist.¹⁴²

Zwar müssen private Eingriffe in die Arbeitnehmerfreizügigkeit mit anderen Maßstäben gemessen werden als staatliche Eingriffe, jedoch ist im Europarecht positivrechtlich durch Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV und Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 eine unmittelbare Bindung im Rahmen von Diskriminierungen geregelt.¹⁴³ Der ausdrücklich und umfassend angelegte Diskriminierungsschutz bei allen Arbeitsbedingungen entfalte weite Wirkung im Privatrecht.¹⁴⁴ Somit gilt bei diskriminierenden Maßnahmen die unmittelbare Bindung Privater. Gleich ob Einzelperson

138 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (462).

139 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (464).

140 siehe B. 2.2.1.

141 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (466).

142 Burgi, EWS 1999, S. 327 ff. (331).

143 Thüsing, § 2 Rdn. 44.

144 Roloff, S. 187, 238.

oder private Vereinigung.

5.2 Unmittelbare Drittwirkung und Bindung Privater an das Beschränkungsverbot

Nicht nur bei diskriminierenden, sondern auch bei nichtdiskriminierenden Beschränkungen hat sich der EuGH mit der Bindung privater Verbände und Vereinigungen auseinandergesetzt. Zu beachten ist, dass bezüglich des Beschränkungsverbots eine Vorschrift wie Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 fehlt.

5.2.1 Bindung privater Vereinigungen und Kollektivvereinbarungen: Bosman, Lehtonen, Bernard

In den Entscheidungen **Bosman, Lehtonen und Bernard** ging man von der Existenz eines Beschränkungsverbots aus.¹⁴⁵ In den Urteilen „**Bosman, Lehtonen und Bernard**“ vertritt er durchgängig die Meinung, dass sich Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV nicht nur auf behördliche, sondern auch auf kollektive Vereinbarungen wie beispielsweise Tarifverträge oder Verbandsvorschriften beziehe.¹⁴⁶ In den Gründen folgt der EuGH den Urteilen „**Walrave und Dona**“. Er bindet somit private Vereinigungen und Verbände auch bei nichtdiskriminierenden Beschränkungen. Eine Differenzierung gegenüber Diskriminierungen findet nicht statt. Ob sich einzelne Private und einzelne Arbeitsverträge an der Arbeitnehmerfreizügigkeit messen lassen müssen, bleibt hier indes zunächst offen.

Teilweise schließt man sich diesem Ergebnis mit dem Verweis an, die Argumente für die Einbeziehung privater Verbandsregelungen seien die gleichen, die für die unmittelbare Bindung des Diskriminierungsverbots sprechen.¹⁴⁷ Nicht berücksichtigt wurde hier, dass sich Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 ausdrücklich auf diskriminierende und nicht auf nichtdiskriminierende Beschränkungen bezieht.

Streinz und Leible nehmen ausnahmsweise ebenfalls eine unmittelbare Bindung „**intermediärer Gewalten**“ an.¹⁴⁸ Eine unmittelbare Bindung

145 siehe C. 2.2.1.

146 zuletzt in EuGH NJW 2010, S. 1733 ff. (1734).

147 Thüsing, § 2 Rdn. 63.

148 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (464).

einzelner Privater lehnen sie ab.¹⁴⁹ Ausnahmen sollen gelten bei Parteien, Gewerkschaften, Wirtschafts-, Berufs- oder Sportverbänden etc., da diese Einrichtungen mit ähnlichen Befugnissen ausgestattet seien wie staatliche Einrichtungen. Insofern dürfe sich für den Unionsbürger auch kein Unterschied ergeben, ob die beschränkende Maßnahme vom Staat oder von einer Institution erlassen wurde, die vom Staat bestimmte Machtbefugnisse erhalten habe. Die Stellung, der diesen Einrichtungen gegenüberstehenden Privatpersonen unterscheide sich nur unwesentlich von derjenigen, die von staatlichen Maßnahmen betroffen seien.¹⁵⁰ Es finde eine kollektive Rechtssetzung statt, die normähnlichen Charakter habe und der der einzelne nicht ausweichen könne.¹⁵¹ Dass der einzelne diesen „intermediären Gewalten“ ausgeliefert sei, hänge aber vor allem von der rechtlichen Zwangsläufigkeit ab. **Rechtliche Zwangsläufigkeit** bestehe beispielsweise bei einer zur Ausübung des Berufs zwingend notwendigen Mitgliedschaft in einer Berufskammer (Anwaltskammer, Handwerkskammer etc.). Gegen die Anwendung der Grundfreiheiten könne man bei Maßnahmen solcher Selbstverwaltungseinrichtungen schon deshalb nichts einwenden, da diesen Einrichtungen in der Regel der Status Körperschaft des Öffentlichen Rechts innewohne (§§ 62 Abs. 1 BRAO, 90 Abs. 1 2. HS. HWO).¹⁵² Wenn die Errichtung einer privaten Institution auf einem staatlichem Hoheitsakt beruhe, ist ihre Handlungsbefugnis staatsabgeleitet, selbst wenn ihre Organisationsform privatrechtlicher Natur sei.¹⁵³

Diesen Ausführungen wird zu recht entgegengebracht, dass es eines sachlichen Grundes entbehre, intermediäre Gewalten an das Beschränkungsverbot i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV zu binden, sonstige Private aber davon ausnehme.¹⁵⁴ Intermediäre Gewalten unterscheiden sich vom Staat dadurch, dass sie selbst Grundrechtsträger seien und ihre Interessen mit anderen Privatpersonen in Grundrechtskollision träten. Sie könnten zwar kollektive Regelungen erlassen, die Bindung ihrer Regelungen entstehe aber durch freiwillige

149 siehe C. 5.1.3.

150 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (464).

151 Kirchhof, S. 265.

152 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (464).

153 Streinz/Leible, EuZW 2000, S. 459 ff. (464).

154 Roloff, S. 214.

Unterwerfung des Einzelnen. Legislative Normen wirkten dagegen generell abstrakt, ohne dass eine freiwillige Unterwerfung erforderlich wäre.¹⁵⁵ Die Lehre von der mittelbaren Bindung des Beschränkungsverbots erziele in solchen Konstellationen flexiblere Lösungen. Aspekte wie Größe der Macht, Regelungsbefugnis, Abhängigkeit des einzelnen von der Organisation und das Bestehen von Verbandsalternativen könnten angemessen berücksichtigt werden.¹⁵⁶ Es sei auch schwer möglich alle intermediären Gewalten gleichermaßen einer unmittelbaren Bindung zu unterwerfen. Tarifvertragsparteien erzielten eine autonome Regelung auf andere Weise als Sportverbände. Während Tarifvertragsparteien von zwei unterschiedlichen Standpunkten aus verhandeln, dürfte es bei Sportverbänden an diesem antagonistischen Verfahren fehlen. Zur Rechtsetzung genüge dort die Bezugnahme in den Arbeitsverträgen der Spieler, ohne dass eine Einigung zwischen Verband und Spielergewerkschaft nötig wäre. Tarifverträge bänden, abgesehen von den Fällen der Allgemeinverbindlichkeit i.S.d. § 5 TVG, nicht die Außenseiter. Der Arbeitnehmer könne sich gem. § 4 Abs. 3 TVG auch der Regelungsmacht entziehen, soweit eine für ihn günstigere Tarifvereinbarung existiere.¹⁵⁷ Intermediäre Gewalten haben somit unterschiedliche Gestaltungsmacht, die eine undifferenzierte unmittelbare Bindung nicht rechtfertige.¹⁵⁸ Auch die oben angeführte rechtliche Zwangsläufigkeit begründe keine Bindung bei nichtdiskriminierenden Beschränkungen. Unterliege ein Privater kraft Gesetzes einem bestimmten Mitgliedszwang oder wurden einer Einrichtung kraft Hoheitsakt hoheitliche Rechte verliehen, müsse man den Hoheitsakt oder das Gesetz selbst angreifen, sprich sich direkt gegen den Mitgliedstaat wenden. Die Beschränkung der Grundfreiheit beruhe dann nämlich auf dem Hoheitsakt und nicht auf der intermediären Gewalt, die nur Werkzeug sei.¹⁵⁹

Dieser Argumentation ist zu folgen. Hierfür spricht, dass eine Regelung wie Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 beim Beschränkungsverbot fehlt und sehr viele Sachverhalte davon betroffen wären. Somit werden Verbände und

155 Roloff, S. 214.

156 Roloff, S. 215.

157 Roloff, S. 215.

158 Roloff, S. 216.

159 Roloff, S. 216.

Vereinigungen nur mittelbar an das Beschränkungsverbot gebunden, da hierüber auch ausreichend Schutz erlangt werden kann.

5.2.2 Bindung einzelner Privater / Bindung von Arbeitsverträgen

Ungeklärt ist die Frage, ob der einzelne Private an Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV gebunden ist, wenn beispielsweise ein Arbeitsvertrag eine Beschränkung enthält oder eine Absage auf eine Bewerbung sich als nichtdiskriminierende Beschränkung darstellt. Es geht also darum, ob einzelne Private im Verhältnis zueinander – beispielsweise Arbeitgeber und Arbeitnehmer - an das Beschränkungsverbot i.S.d. Art. 45 AEUV gebunden sind.

5.2.2.1 Rechtssache Bobadilla

Fraglich ist, ob sich vielleicht aus der Rechtssache „**Bobadilla**“ die Bindung einzelner privater Arbeitgeber entnehmen lässt, wobei es hier um die Bindung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers ging. Vorliegend bewarb sich die spanische Staatsangehörige Fernandez de Bobadilla mit ausländischen Bachelor- und Masterabschlüssen bei dem spanischen Kunstmuseum „Museo del Prado“ (öffentliche Einrichtung) um eine Stelle als Restauratorin. Das Museum hatte mit einem Firmentarifvertrag mit der Personalvertretung festgelegt, dass eine Einstellung die Vorlage eines spanischen Abschlusses voraussetze. Spanische Behörden setzen jedoch ausländische und spanische Abschlüsse nicht nach den Richtlinien 89/48 und 92/51 EWG gleich. Deswegen erhielt Frau Bobadilla eine Absage. Hiergegen richtete sie ihre Klage.¹⁶⁰

Der EuGH entschied, dass es einer öffentlichen Einrichtung grundsätzlich nicht verwehrt sei, den Zugang einer Stelle Bewerbern vorzubehalten, die im Besitz eines nationalen Abschlusses seien. Jedoch müsse das Anerkennungsverfahren den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts entsprechen.¹⁶¹ Dies habe zur Folge, dass nationale Behörden verpflichtet seien ausländische Abschlüsse in einem Verfahren zu prüfen und gegebenenfalls anzuerkennen. Bestehe kein staatliches

¹⁶⁰ EuGH NZA 1999, S. 861 ff. (861).

¹⁶¹ EuGH NZA 1999, S. 861 ff. (862).

Anerkennungsverfahren oder entspreche dies nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen, so habe die öffentliche Einrichtung, die eine Stelle besetzen wolle, selbst zu prüfen, ob der in einem anderen Mitgliedstaat erlangte Abschluss, dem nationalen Befähigungsnachweis gleichwertig sei.¹⁶²

Der EuGH hat somit öffentliche Arbeitgeber an das Beschränkungsverbot i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV gebunden und zur Gewährleistung der Verfahrensrechte verpflichtet.¹⁶³ Er hat nicht nur die Bindung des öffentlichen Arbeitgebers angenommen, sondern ist sogar über den Abwehrgehalt des Beschränkungsverbots hinaus, indem er den Arbeitgeber zur Homologierung ausländischer Qualifikationen verpflichtet hat.¹⁶⁴ Eine Verpflichtung privater Arbeitgeber lässt sich dem Urteil allerdings nicht entnehmen.

5.2.2.2 Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der EuGH bei Diskriminierungen die Bindung einzelner Privater und privater Vereinigungen annimmt, bei der nichtdiskriminierenden Beschränkung bindet er private Vereinigungen und öffentliche Arbeitgeber. Die Frage, ob einzelne Private an das Beschränkungsverbot gebunden sind, wurde bis dato weitestgehend der Literatur überlassen.

5.2.2.3 Begründung einer unmittelbaren Bindung Privater

Zur Begründung der unmittelbaren Bindung gibt es zahlreiche Meinungen, die sich entweder generell mit der Bindung Privater auseinandersetzen oder sich auf einzelne Punkte wie beispielsweise die Bindung von Verbänden oder Begrenzung der Bindung auf diskriminierende Maßnahmen beschränken. Meistens findet aber zur Begründung oder Ablehnung der Bindung keine Differenzierung wie sie oben¹⁶⁵ durchgeführt wurde statt. Bei der Auswertung der verschiedenen Meinungen in Literatur und Rechtsprechung war zu beachten, dass sich bis zum „Bosman“- Urteil die

¹⁶² EuGH NZA 1999, S. 861 ff. (863).

¹⁶³ Roloff, S. 196.

¹⁶⁴ Roloff, S. 197.

¹⁶⁵ siehe C. 5.1 und C. 5.2.1.

meisten Abhandlungen zum Thema unmittelbare Bindung Privater auf das Diskriminierungsverbot oder anschließend auch häufig auf private Vereinigungen oder intermediäre Gewalten bezogen. Argumentativ kommt es häufig zu Überschneidungen.

5.2.2.3.1 Ableitung aus der EuGH Rechtsprechung

Wie bereits angesprochen hatte der EuGH meist Sachverhalte vorliegen, bei denen es wie in den Fällen „**Walrave**“ und „**Angonese**“ um Diskriminierungen oder um kollektive Regelungen wie im Fall „**Bosman**“, „**Lehtonen**“ oder „**Bernard**“ ging. Gemäß den Gründen zum Walrave Urteil bestünde laut EuGH bei einer Beschränkung auf staatliche Maßnahmen die Gefahr der uneinheitlichen Anwendung, da Arbeitsbedingungen Verträgen oder sonstigen von Privatpersonen geschlossenen oder vorgenommenen Rechtsgeschäften unterlägen.¹⁶⁶ Diese Aussage lasse zumindest möglich erscheinen, dass das Verbot der unterschiedlichen Behandlung über die Methode des „*effet utile*“ auf jegliche Privatperson erstreckt werde könne.¹⁶⁷ Jedoch handelte es sich auch nicht um eine nichtdiskriminierende Beschränkung. Insofern fehlt eine eindeutige Stellungnahme zur Bindung des Beschränkungsverbots zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Man könnte annehmen, dass der EuGH seit Angonese, wo er die unmittelbare Bindung festgestellt hat, diese Bindung für alle Beschränkungen annehmen möchte. Andererseits hat er sich zuletzt in der Bernard Entscheidung wieder nur auf die kollektiven Regelungen beschränkt, spricht nicht einmal in einem obiter dictum klargestellt, dass die Bindung auch zwischen Privaten gelte. Daraus könnte geschlossen werden, dass er die Bindung nur auf kollektive Regelungen beschränken möchte. Insofern lässt sich eine Bindung nicht aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten.

5.2.2.3.2 Effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten

Teilweise wird zur Begründung der unmittelbaren Bindung der „*effet utile*“ Gedanke herangezogen. Die zwischenstaatlichen Verkehrsströme sollen von

¹⁶⁶ EuGH NJW 1975, S. 1093 ff. (1094).

¹⁶⁷ Lengauer, S. 117.

allen Hindernissen befreit werden. Um eine effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten zu sichern und ihre praktische Wirksamkeit nicht zu schmälern, sei es erforderlich, einzelne Private ebenso an die Grundfreiheiten zu binden.¹⁶⁸ Hier ist aber zu bedenken, dass eine umfassende Bindung Privater eine Vielzahl von Maßnahmen rechtfertigungsbedürftig machen würde. Schon der Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrages ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit würde zu einer Bindung des Arbeitnehmers an einen bestimmten Arbeitgeber und damit zu einer Beschränkung der Mobilität führen.¹⁶⁹ Der Grundsatz des „effet utile“ fordert nicht zwingend eine unmittelbare Bindung. Als milderer Mittel kommen Schutzpflichten des Staates und eine mittelbare Bindung, die bei besonderen Konfliktlagen ebenfalls die Unwirksamkeit bestimmter Maßnahmen begründen oder den Staat zum Handeln verpflichten können.¹⁷⁰ Diese Alternativen sind genauso effektiv, da sie die gleichen Rechtsfolgen zulassen und im Gegensatz zur unmittelbaren Bindung auch den Grundrechtsschutz aller Beteiligten in Bezug auf die Privatautonomie ausreichend berücksichtigen.¹⁷¹ Somit verlangt der „effet utile“ keine unmittelbare Bindung.

5.2.2.3.3 Wortlaut

Eine Bindung privater Arbeitgeber entnehmen einige schon dem Wortlaut des Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV, der sich unmittelbar an private Arbeitgeber richtet.¹⁷² Art. 45 Abs. 2 AEUV / Art. 39 Abs. 2 EGV schreibt die Abschaffung diskriminierender Beschränkungen gegenüber Arbeitnehmern vor. Hieraus könnte man schließen, dass Arbeitnehmer nur oder eben auch durch Arbeitgeber beschränkt werden könnten. Jedoch wird in keinem der drei Absätze eindeutig der Verpflichtete benannt. Auch in Art. 45 Abs. 1 AEUV / Art. 39 Abs. 1 EGV wird lediglich festgestellt, dass die Freizügigkeit zu gewährleisten sei. Wen diese Verpflichtung trifft, ist nicht eindeutig bestimmbar und insofern kann dem Wortlaut eine Bindung

168 Parpart, S. 157.

169 Thüsing, § 2 Rdn. 65.

170 Burgi, EWS 1999, S. 327 ff. (330).

171 Roloff, S. 222.

172 Völker, S. 125.

einzelner Privatpersonen auch nicht entnommen werden.¹⁷³

5.2.2.3.4 Systematik

Vereinzelt werden die Argumente für die unmittelbare Drittwirkung des Allgemeinen Diskriminierungsverbots i.S.d. Art. 18 AEUV / Art. 12 EGV auf die Grundfreiheiten als Konkretisierung des Allgemeinen Diskriminierungsverbots übertragen.¹⁷⁴ Es ergebe sich bereits aus dem Geist des Vertrages, wonach sich innerhalb der EU kein Marktteilnehmer wegen seiner Staatsangehörigkeit zurückgesetzt fühlen dürfe. Eine solche Form der Diskriminierung, gefährde den sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁷⁵ Diesen Grundgedanken könne man auch ohne weiteres auf die Grundfreiheiten und die Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote übertragen. In einem Raum ohne Grenzen spiele es keine Rolle, ob nun wegen der Staatsangehörigkeit oder wegen des Wohnorts schlechter gestellt wird.¹⁷⁶

Gegen die Herleitung aus dem Allgemeinen Diskriminierungsverbot spricht, dass das Allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV / Art. 12 EGV subsidiär gegenüber den speziellen Grundfreiheiten ist und somit hinter der Arbeitnehmerfreizügigkeit i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV zurücktritt. Insofern kann man keine Rückschlüsse vom Allgemeinen auf das Spezielle ziehen.¹⁷⁷ Zu bevorzugen ist auch an dieser Stelle die Ansicht, die eine unmittelbare Bindung aufgrund der Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV ablehnt. Zwar sind die Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV vielfach nicht auf arbeitsrechtliche Absprachen anwendbar, da Arbeitnehmer keine Unternehmen i.S.d. Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV sind, jedoch da die Art. 101 ff. AEUV / Art. 81 ff. EGV eine unmittelbare Bindung Privater gesetzlich anordnen, ist es systematisch nicht möglich bei den Beschränkungsverböten der Grundfreiheiten ohne gesetzliche Regelung eine unmittelbare Bindung anzunehmen.¹⁷⁸ Eine unmittelbare Bindung nimmt zum Beispiel Tarifpartnern die Möglichkeit eine Regelung zu treffen,

173 Parpart, S. 188.

174 Ganten, S. 102.

175 Ganten, S. 99.

176 Ganten, S. 99.

177 Parpart, S. 220.

178 Roloff, S. 218.

die eine Bindung an den Arbeitsplatz begründet.¹⁷⁹ Somit sprechen systematische Gründe gegen die Annahme einer unmittelbaren Bindung.

5.2.2.3.5 Teleologische Auslegung

Jedoch sprechen nicht nur systematische Gründen gegen die unmittelbare Bindung. Den Befürwortern, die als Gründe für die unmittelbare Bindung das Binnenmarktziel oder den Geist des Vertrages anführen,¹⁸⁰ können ebenso teleologische Gründe entgegengehalten werden. Die Ausübung der Grundfreiheiten setzt die Existenz der Privatautonomie voraus. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist zwecklos, wenn jeder Arbeitsvertrag und jede privatrechtliche Bindung dem weiten Beschränkungs begriff unterfiele.¹⁸¹ Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV gewährt Freiheit zur Mobilität, zwingt hierzu aber nicht. Wenn ein Privatrechtssubjekt für sich entscheidet, dass es günstiger ist, auf Mobilität zugunsten anderer Vorteile (wie beispielsweise Arbeitsplatzsicherheit, höhere Vergütung etc.) zu verzichten, besteht kein Anlass, diese Entscheidung zu korrigieren oder auch nur zu überprüfen.¹⁸² Somit spricht gegen die unmittelbare Bindung Privater vor allem die Privatautonomie.

5.2.2.3.6 Ansatz der spürbaren Beschränkung durch Private

Vereinzelt wird eine unmittelbare Drittwirkung nur bei massiven Störungen der Privatautonomie angenommen.¹⁸³ Eine spürbare Beschränkung liege vor, wenn Privatpersonen unabhängig von irgendwelchen Normen Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen trafen und damit die Privatautonomie und die Grundfreiheit eines Dritten in Frage stellten.¹⁸⁴ Die Grundfreiheiten entfalteten insoweit eine Schutzfunktion, vergleichbar mit Schutzpflichten, die sich aus den deutschen Grundrechten ergeben.¹⁸⁵ Die Bindung aller Privater an die Grundfreiheiten sei eine unzulässige Rechtsfortbildung, da lediglich die Wettbewerbsvorschriften ausdrücklich an Private adressiert

179 Roloff, S. 218.

180 Ganten, S. 99.

181 Roloff, S. 222.

182 Thüsing, § 2 Rdn. 65.

183 Möllers, EuR 1998, S. 20 ff. (36).

184 Möllers, EuR 1998, S. 20 ff. (37).

185 Möllers, EuR 1998, S. 20 ff. (36).

seien und somit sprechen zwingende systematische Gründe gegen eine unmittelbare Bindung.¹⁸⁶ Insofern lehnt auch diese Ansicht eine bedingungslose, unmittelbare Bindung Privater ab.

5.2.2.3.7 Staatsorganisationsrechtlicher Ansatz

Einer unmittelbaren Bindung stehen auch staatsorganisationsrechtliche Gründe entgegen. Dies zeigt sich, wenn man die den Mitgliedstaaten obliegenden Schutzpflichten auf Private übertragen möchte. Überträgt man die Bindung der Grundfreiheiten auf Private, müsste man auch die Schutzpflichten auf Private übertragen.¹⁸⁷ In der Rechtssache „**Kommission/Frankreich**“¹⁸⁸ würde das bedeuten, dass der französische Bauernverband gegen seine eigenen Mitglieder unter Umständen gewaltsam vorgehen müsste. Dies würde aber dem Gewaltmonopol des Staates zuwiderlaufen und dieses Monopol aufheben. Private hätten die Rechte Privater zu schützen. Arbeitgeber müssten dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz anbieten, damit dieser seine Freizügigkeit ausüben kann. Dies würde die Privatautonomie wiederum zu sehr einschränken.¹⁸⁹

5.2.2.3.8 Ansatz der staatlichen Schutzpflicht / mittelbare Drittwirkung

Somit ist bei Beschränkungen von privater Seite das Konzept der staatlichen Schutzpflicht einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten generell vorzuziehen.¹⁹⁰ In der „**Kommission/Frankreich**“ Entscheidung ist der EuGH im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 34 AEUV / Art. 28 EGV von einer solchen staatlichen Schutzpflicht ausgegangen.¹⁹¹ Warum dies bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit anders sein soll, ist nicht ersichtlich. Dass der Staat gegen Bürger vorgeht, um andere Bürger zu schützen, ergibt sich letztendlich auch wieder aus dem „effet utile“ Grundsatz. Bei der Frage nach dem Normadressaten liegt somit eine Dreieckskonstellation vor. Adressaten der Pflicht zum Schutze der Grundfreiheiten sind die Mitgliedstaaten, die deren Beeinträchtigung durch andere

186 Möllers, EuR 1998, S. 20 ff. (35).

187 Roloff, S. 225.

188 siehe B. 2.2.1.

189 Roloff, S. 225.

190 Herdegen, §14 Rdn. 12, 12. Auflage.

191 siehe B. 2.2.1.

Privatrechtssubjekte zu verhindern haben. Diese sind ihrerseits nicht Adressaten der Schutzpflicht, sondern werden erst durch deren Erfüllung seitens des Staates betroffen, sodass es sich um eine mittelbare Drittwirkung handelt.¹⁹² Als geeignete Schutzmaßnahme des Staates kommt auch keine Einzelmaßnahme, sondern nur eine Norm in Frage. Um unerlaubte Handlungen zu sanktionieren oder die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften prüfen zu lassen, existiert bereits das Privatrecht.¹⁹³ Und in Anlehnung an die Problematik der mittelbaren Wirkung der Grundrechte, besteht auch für die Gerichte die Möglichkeit, die Grundfreiheiten über die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB¹⁹⁴ mit einfließen zu lassen.¹⁹⁵ Somit ist es auch im Rahmen des Beschränkungsverbots nicht notwendig, eine unmittelbare Bindung Privater anzunehmen, da ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten vorliegen.

6. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Beschränkungsverbot

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Beschränkungsverbot eintreten.

6.1 Verstoß der Mitgliedstaaten gegen das Beschränkungsverbot

Verstoßen Mitgliedstaaten gegen die Grundfreiheiten, kann jeder Bürger die Unanwendbarkeit der ihn beschränkenden Norm gerichtlich durchsetzen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann er sogar Schadensersatz verlangen.¹⁹⁶ Zudem kann die Kommission gem. Art. 258 AEUV / Art. 226 EGV ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, wenn sich ein Mitgliedstaat grundfreiheitswidrig verhält. Welche Rechtsfolgen bei Beschränkungen durch Private entstehen, regelt das Gemeinschaftsrecht hingegen nicht. Dies ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

6.2. Verstoß von Privaten gegen das Beschränkungsverbot

Fraglich ist, welche Rechtsfolge entsteht, wenn die Arbeitnehmerfreizügigkeit durch eine private Maßnahme, zum Beispiel eine

192 Canaris, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, S. 50.

193 Canaris, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, S. 51.

194 BGB steht im Folgenden für das Bürgerliche Gesetzbuch.

195 Canaris, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, S. 51.

196 Ganten, S. 195.

arbeitsvertragliche Regelung beschränkt wird.

6.2.1 Nichtigkeit gem. § 134 BGB

Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 134 BGB zur Folge hat. Dies wäre der Fall, wenn die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein Verbotsgesetz wäre. Ein Verbotsgesetz liegt vor, wenn das Geschäft als solches untersagt werden soll und sich nicht lediglich gegen die Umstände seines Zustandekommens wendet (zum Beispiel Verkauf nach Ladenschluss). Hierbei handelte es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift.¹⁹⁷ Ob ein Verbotsgesetz vorliegt, beurteilt sich letztendlich nach Sinn und Zweck des Gesetzes.¹⁹⁸ Teilweise wird vertreten, dass die Grundfreiheiten dem Wortlaut und Inhalt nach Verbote aufstellen. Die Wirksamkeit einer grundfreiheitswidrigen Vereinbarung widerspräche dem Zweck der Normen, Beschränkungen des Binnenmarktes zu beseitigen.¹⁹⁹ Zudem widerspräche der Grundsatz „Dulde und liquidiere“ dem „effet utile“ des Gemeinschaftsrechts.²⁰⁰ Verstöße nur ein Teil des Rechtsgeschäfts gegen die Grundfreiheit, trete aber nicht gem. § 139 BGB die Unwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts ein, sondern lediglich Nichtigkeit des beschränkenden Teils. Dies entspreche wiederum Sinn und Zweck der Grundfreiheiten, grenzüberschreitenden Handel offen zu halten.²⁰¹ Hiernach wäre ein Arbeitsvertrag, der eine arbeitnehmerfreizügigkeitswidrige Klausel enthält, nicht insgesamt nichtig, sondern lediglich die Klausel. Vertreter dieser Ansicht gehen von einer unmittelbaren Bindung des Beschränkungsverbots zwischen Privaten aus.²⁰² Der EuGH schweigt zu den Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Beschränkungsverbot. Mangels einer Vorschrift wie Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 kann die Nichtigkeit der Beschränkung auch nicht von Rechts wegen hergeleitet werden.²⁰³ Gegen die Nichtigkeit eines beschränkenden Vertragsteils spricht außerdem, dass das Beschränkungsverbot wie oben

197 Armbrüster, in: MünchKomm, § 134 Rdn. 42, 5. Auflage.

198 Armbrüster, in: MünchKomm, § 134 Rdn. 41, 5. Auflage.

199 Ganten, S. 201.

200 Ganten, S. 200.

201 Ganten, S. 202.

202 Ganten, S. 99.

203 Roloff, S. 239.

bereits festgestellt²⁰⁴, nicht unmittelbar zwischen Privaten gilt. Dahingegen kann nach einer Abwägung der Interessen Nichtigkeit nach § 138 BGB oder nach besonderen Schutzvorschriften sowie den Generalklauseln eintreten. Darüber hinaus sind eine Inhaltskontrolle und ergänzende Vertragsauslegung nach § 242 BGB möglich.²⁰⁵ In Bezug auf das Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV / Art. 88 Abs. 3 EGV kommen Schütte/Kirchhoff zum gleichen Ergebnis.²⁰⁶ Zivilrechtliche Rechtsgeschäfte, die Bewilligungsbescheide über unzulässige Beihilfebescheide umsetzen, sind nicht gem. § 134 BGB nichtig, da sich das Durchführungsverbot letztendlich nur an die Mitgliedstaaten und somit nicht an Private richtet.²⁰⁷ So verhält es sich auch mit dem Beschränkungsverbot.

6.2.2 Schadensersatz nach § 823 BGB

Konsequenterweise sind die, die eine unmittelbare Bindung und die Nichtigkeit von beschränkenden Rechtsgeschäften annehmen, der Ansicht, dass aufgrund der unmittelbaren Bindung der Grundfreiheiten dem Verletzten ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zustehe.²⁰⁸ Die Grundfreiheiten werden hier als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen. Jedoch ist diese Ansicht abzulehnen, da bereits die unmittelbare Bindung abgelehnt wurde. Der Arbeitnehmer kann bei Beschränkungen der Freizügigkeit durch Private nach speziellen Schutzvorschriften oder nach § 826 BGB Schadensersatz verlangen. Hier ist dann ähnlich wie bei § 138 BGB eine umfassende Abwägung der Beteiligteninteressen vorzunehmen.²⁰⁹

7. Ergebnis

Somit kann zusammenfassend gesagt werden, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot enthält. Das Beschränkungsverbot ist dahingehend einzuschränken, dass grundsätzlich nur Beschränkungen erfasst werden, die den Zugang zum

204 siehe C. 5.2.2.3.8.

205 Roloff, S. 239.

206 Schütte/Kirchhoff, EWS 1996, S. 189 ff. (191).

207 Schütte/Kirchhoff, EWS 1996, S. 189 ff. (191).

208 Ganten, S. 208.

209 Roloff, S. 241.

Arbeitsmarkt beschränken. Eine Anwendung der Keck Formel ist abzulehnen. Ebenso abzulehnen ist die unmittelbare Bindung Privater an das Beschränkungsverbot aus Gründen der Privatautonomie und aufgrund der Tatsache, dass eine Vorschrift wie Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 bezüglich des Beschränkungsverbots fehlt. Eine mittelbare Drittwirkung ist in ihren Auswirkungen ausreichend, da die Grundfreiheiten über die Generalklauseln des BGB auf die Rechtsverhältnisse einwirken. Deswegen sind auch die Rechtsfolgen der §§ 134, 823 BGB nicht nötig, um dem Bürger ausreichend Schutz zu gewähren.

D. Beschränkungen durch Vorschriften des deutschen Arbeitsrechts

Wie bereits angedeutet, kommen bei einem weiten Beschränkungs begriff viele Vorschriften und Regelungen in Frage, die eine Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen könnten. Im Folgenden werden einzelne Regelungen mit arbeitsrechtlichem Bezug untersucht. Entscheidendes Beurteilungskriterium muss sein, ob die jeweilige Vorschrift kausal für die Beschränkung ist.

1. Beschränkung durch die §§ 15 Abs. 4 TzBfG²¹⁰, 624 BGB

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit könnte durch die §§ 15 Abs. 4 TzBfG, 624 BGB beschränkt werden. Da § 15 Abs. 4 TzBfG als Spezialnorm gegenüber § 624 BGB gilt, spielt § 624 BGB im wesentlichen nur noch bei selbständigen Dienstverhältnissen eine Rolle.²¹¹ Inhaltlich bleiben die Vorschriften jedoch gleich. Den Arbeitsvertragsparteien wird gem. §§ 15 Abs. 4 TzBfG, 624 BGB ermöglicht, dass sich der Arbeitnehmer auf Lebenszeit oder für länger als 5 Jahre an einen Arbeitgeber bindet, ohne ordentlich kündigen zu können. Der Arbeitnehmer kann somit erst nach Ablauf der 5 Jahre kündigen.²¹² Die Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit beschränkt die Arbeitnehmerfreizügigkeit dahingehend, dass der Arbeitnehmer für den Zeitraum von 5 Jahren nicht in einen anderen Mitgliedstaat wechseln kann, um dort Arbeit aufzunehmen. Fraglich ist, ob die Beschränkung unmittelbar durch § 624 BGB verursacht

210 TzBfG steht im Folgenden für das Teilzeit- und Befristungsgesetz.

211 Henssler, in: MünchKomm, § 624 Rdn. 3, 5. Auflage.

212 Henssler, in: MünchKomm, § 624 Rdn. 1, 5. Auflage.

wird. Zwar beschränkt die fünfjährige Bindung die Arbeitnehmerfreizügigkeit, jedoch geschieht dies durch Parteivereinbarung. Die Vorschrift ist somit nicht kausal für die Beschränkung. § 624 BGB zwingt nicht zu einer solchen Parteivereinbarung, sondern soll im Gegenteil dem Arbeitnehmer ermöglichen, sich nach einer langen Vertragslaufzeit zu lösen. Das Gesetz zielt somit darauf ab, den Arbeitnehmer vor einer übermäßigen Einschränkung seiner beruflichen und persönlichen Freiheit zu schützen.²¹³ Somit begrenzt die Vorschrift die Möglichkeiten des Arbeitgebers bei gleichzeitigem Schutz des Arbeitnehmers und stellt insofern keine Beschränkung dar. Der Gesetzgeber wird zudem seiner Schutzpflicht gerecht.

2. Beschränkung durch Kündigungsfristen nach §§ 622 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 Satz 3 BGB

Gem. § 622 Abs. 1 BGB kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende des Kalendermonats kündigen. Gem. §§ 622 Abs. 4, Abs. 5 Satz 3 BGB können Kündigungsfristen durch Tarifvertrag oder durch Individualvereinbarung verlängert werden. Jedoch darf gem. § 622 Abs. 6 BGB die Kündigungsfrist des Arbeitnehmers nicht länger sein als die des Arbeitgebers. Durch die Festsetzung der 4 – Wochen Kündigungsfrist gem. § 622 Abs. 1 BGB könnte der Arbeitnehmer in seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden. Zu beachten ist, dass die Vorschrift den Zugang zum Arbeitsmarkt eines anderen Mitgliedstaates behindern müsste. Dies ist nicht der Fall. § 622 Abs. 1 BGB betrifft die Modalitäten des Verlassens des Arbeitsverhältnisses und dies in einer Weise, die keine Benachteiligung grenzüberschreitender Vorgänge bewirkt.²¹⁴ Sprich er wirkt nicht ähnlich einer Zugangsbeschränkung. Die Frist bindet den Arbeitnehmer nicht. Sie soll dem Arbeitgeber lediglich Zeit und Planungssicherheit für die Neubesetzung verschaffen.²¹⁵

Fraglich ist, ob die §§ 622 Abs. 4, Abs. 5 Satz 3 BGB eine Beschränkung darstellen. Hiernach wird den Parteien in den Grenzen des § 622 Abs. 6

213 Henssler, in: MünchKomm, § 624 Rdn. 1, 5. Auflage.

214 Roloff, S. 163.

215 Roloff, S. 163.

BGB ermöglicht, die Kündigungsfrist zu verlängern. Jedoch fehlt es auch hier an der Ursächlichkeit. Die Vorschrift ermöglicht zwar den Parteien die Fristen zu verlängern, zwingt hierzu aber nicht. Letztendlich sind auch die §§ 15 Abs. 4 TzBfG, 624 BGB zu beachten, woraus sich eine zulässige Höchstbindungsdauer von fünfeneinhalb Jahren ergibt.²¹⁶ Somit wurde der Arbeitnehmerschutz ausreichend berücksichtigt.

3. Beschränkung durch das Arbeitnehmerentsendegesetz

Zu untersuchen ist weiterhin, ob das AEntG²¹⁷ die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschränkt. Hintergrund des AEntG waren Sachverhalte im Bereich der Baubranche. Hier wurden verstärkt Arbeitnehmer aus Niedriglohnländern in Mitgliedstaaten entsandt, in denen die sozialen Standards und das Lohnniveau höher waren. Diese Standards galten jedoch nicht für entsandte Arbeitnehmer. Um diesen Arbeitnehmern die gleichen Mindestarbeitsbedingungen zu sichern, wurde das AEntG geschaffen. Seit der Neufassung des Gesetzes vom 20.04.2009 ist Zweck gem. § 1 Satz 1 AEntG die Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zugunsten grenzüberschreitend entsandter ausländischer, aber auch zugunsten inländischer Arbeitnehmer. Für die Arbeitgeber sollen faire Wettbewerbsbedingungen geschaffen und gewährleistet werden.²¹⁸ Hierdurch sollen gem. § 1 Satz 2 AEntG Arbeitsplätze erhalten und die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie sichergestellt werden. Eine Beschränkung des Zugangs und somit eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit könnte darin gesehen werden, dass es für Arbeitgeber aus Niedriglohnländern unattraktiv ist, Arbeitnehmer in Mitgliedstaaten mit höherem Lohnniveau zu entsenden. Dies führte faktisch zu einer Einschränkung der Arbeitnehmer, da ihnen somit der Zugang zu einem anderen Arbeitsmarkt versperrt würde. Fraglich ist aber zunächst, ob Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV überhaupt auf entsandte Arbeitnehmer anwendbar ist.

216 Preis, in: Staudinger, § 622 Rdn. 50, Neubearbeitung 2002.

217 AEntG steht im Folgenden für Arbeitnehmerentsendegesetz.

218 Schlachter, in: Erfurter Kommentar, § 1 AEntG Rdn. 1, 11. Auflage.

3.1 Rechtssache „Finalarte“

In der Rechtssache „Finalarte“ ging es darum, ob ausländische Arbeitgeber, die in Deutschland gewerbliche Arbeitnehmer beschäftigen, dem Urlaubskassenverfahren unterliegen, sprich ob das ausländische Unternehmen Beiträge an die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) zahlen muss.²¹⁹ Aufgrund der starken Fluktuation bei Arbeitnehmern in der Bauwirtschaft könne nämlich im Hinblick auf § 6 BUrlG²²⁰ häufig der Fall auftreten, dass ein Arbeitgeber nach sechs Monaten Beschäftigung den vollständigen Jahresurlaub gewähren muss, obwohl der betreffende Arbeitnehmer nicht das ganze Jahr bei ihm beschäftigt ist. In der Bauwirtschaft werden deshalb Urlaubsansprüche von Arbeitnehmern mehrerer Arbeitgeber angespart und gegenüber einem Arbeitgeber geltend gemacht. Unter den Arbeitgebern findet ein finanzieller Ausgleich statt, der über die ULAK vollzogen wird.²²¹ Fraglich war unter anderem, ob Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV auf die entsandten Arbeitnehmer anwendbar ist.

Dies wird vom EuGH und Teilen der Literatur verneint. Laut EuGH verlangen Arbeitnehmer, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt und vorübergehend zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Staates, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren.²²² Grundfreiheiten übe allein der Arbeitgeber aus, der seine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat anbiete.²²³ Hiergegen wird vorgebracht, die Wendung des EuGH in den Entscheidungen „Finalarte“ und „Rush Portuguesa“²²⁴, von ihrem Arbeitgeber mitgebrachte Arbeitnehmer begehrten keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt, dürfe nicht dahingehend missverstanden werden, solche Arbeitnehmer stünden nicht unter dem Schutz des AEUV / EGV. Der EuGH habe lediglich darauf hingewiesen,

219 EuGH NZA 2001, S. 1377 ff. (1377).

220 meint das Bundesurlaubsgesetz.

221 Wank/Börgmann, NZA 2001, S. 177 ff. (177).

222 EuGH NZA 2001, S. 1377 ff. (1378). So auch EuGH, Urteil v. 27.3.1990, Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417, Rdn. 15 - Societe Rush Portuguesa Lda / Office National d'Immigration.

223 Däubler, EuZW 1997, S. 613 ff. (614).

224 EuGH, Urteil v. 27.3.1990, Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417, Rdn. 15 - Societe Rush Portuguesa Lda / Office National d'Immigration.

dass die Arbeitnehmer, die in den entschiedenen Fällen Angehörige von Drittstaaten waren, keiner Arbeitserlaubnis bedurften.²²⁵ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasse das Recht des Arbeitnehmers mit ihrem Arbeitgeber mitzugehen, um im Bestimmungsland zu den im Heimatland autonom von ihnen und von den Gewerkschaften ausgehandelten Bedingungen zu arbeiten.²²⁶ Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben. Zwar handele es sich aus Arbeitgebersicht bei den Entsendevorschriften um Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, dies schließe jedoch nicht aus, dass sich Arbeitnehmer auf Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV berufen könnten.²²⁷ Die Präambel der VO 1612/68 stellt in der fünften Begründungserwägung die Anwendung des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV klar, da sie den Willen der vertragschließenden Mitgliedstaaten konkretisiert und damit für das Verständnis des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV maßgeblich ist.²²⁸ Hiernach wird Arbeitnehmern, die ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Dienstleistung ausüben, die Arbeitnehmerfreizügigkeit gewährt.²²⁹ Entsandte Arbeitnehmer üben ihre Tätigkeit auch im Rahmen einer Dienstleistung aus, da ihr Arbeitgeber mit der Entsendung eine Dienstleistung in anderen Mitgliedstaaten anbietet. Daraus folgt, dass sich Arbeitnehmer im Rahmen der Entsendung auf Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV berufen können.

3.2 Beschränkung durch die Mindestarbeitsbedingungen i.S.d AEntG

Weiterhin ist fraglich, ob die Mindestarbeitsbedingungen, die laut Entsendegesetz gewährt werden sollen, eine Beschränkung darstellen. Zunächst ist zweifelhaft, ob eine Beschränkung vorliegt, da § 1 AEntG nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt regelt oder beschränkt, sondern er legt im Grunde nur die Arbeitsmodalitäten fest. Wendet man den eingeschränkten Beschränkungsbegriff an²³⁰, liegt keine Beschränkung des Ob und somit keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor. Vorliegend ist aber eine Konstellation gegeben, die gleich einer Zugangsbeschränkung wirkt.

225 Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, S. 2370 ff. (2373).

226 Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, S. 2370 ff. (2373).

227 Roloff, S. 167.

228 Roloff, S. 168.

229 Roloff, S. 168.

230 siehe C. 2.3.3.

Dadurch, dass der Arbeitgeber gegebenenfalls einen höheren Lohn zahlen muss als im eigenen Mitgliedstaat, wird er faktisch daran gehindert den Arbeitgeber zu entsenden. Und dies wiederum wirkt sich faktisch auf die Freizügigkeit des Arbeitnehmers aus, der nicht entsendet werden kann.²³¹ Somit kann die Beschränkung bejaht werden.

Fraglich ist, ob die gesetzliche Regelung kausal ist für die Beschränkung. Wie bereits dargestellt geht von der gesetzlichen Regelung keine unmittelbare Zugangsbeschränkung aus, da der Arbeitgeber – und nicht das Gesetz - den Arbeitnehmer aufgrund hoher Lohnkosten nicht entsendet und ihn somit an der Ausübung seiner Freizügigkeit hindert. Bezweckt aber eine Regelung eine Beschränkung der Freizügigkeit, kann dem Gesetzgeber das Verhalten Dritter – in diesem Fall das Verhalten des Arbeitgebers – zugerechnet werden.²³² Das AEntG dient zum einen dem Arbeitnehmerschutz und zum anderen soll den Arbeitgebern ein fairer Wettbewerb im Verhältnis zu ausländischen Mitbewerbern gesichert werden.²³³ Somit bezweckt die Regelung die Abschottung der Märkte für billige Arbeit und die Vereitelung der Entsendung billiger Arbeitskräfte und bezweckt damit ein bestimmtes Verhalten des Arbeitgebers, der zum Werkzeug des Staates wird, wenn er seine Arbeitnehmer nicht entsendet.²³⁴ Dies schränkt wiederum die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ein. Somit ist der Gesetzeszweck ursächlich für die Beschränkung. Die Beschränkung könnte jedoch durch den zwingenden Grund des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein. Dies wird nachfolgend untersucht.

3.3 Arbeitnehmerschutz als zwingender Grund des Allgemeinwohls

Als „zwingenden Grund des Allgemeinwohls“ sieht der EuGH beispielsweise in dem Strafverfahren gegen „**Arblade und Leloup**“ den Arbeitnehmerschutz, hier insbesondere den sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes an.²³⁵ Es ging darum, dass die beiden französischen Montagefirmen, Arblade und Leloup, jeweils vorübergehend Arbeitnehmer auf eine Baustelle in Belgien zur Errichtung eines

231 Roloff, S. 169.

232 Roloff, S. 169.

233 siehe D.3..

234 Roloff, S. 169.

235 EuGH EuZW 2000, S. 88 ff. (90).

Silokomplexes entsendeten. Die belgischen Behörden verpflichteten die beiden Bauunternehmer dazu, zusätzliche, nach belgischem Recht vorgesehene Personalunterlagen zu führen und aufzubewahren, die in Belgien tariflich festgelegte Mindestvergütung und Beiträge zu einem Schlechtwetter- und Treuemarkensystem zu zahlen sowie Personalkarten zu erstellen. Sie verweigerten dies mit der Begründung, den französischen Rechtsvorschriften in vollem Umfang nachgekommen zu sein, da diese mit den belgischen Sozial- und Arbeitsvorschriften vergleichbar seien.²³⁶ Gegen ein Allgemeininteresse am Arbeitnehmerschutz lässt sich anführen, dass das Beschränkungsverbot des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV gerade auch dem Schutz des Arbeitnehmers dient.²³⁷ Dies zeigt sich am Beispiel des AEntG und der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG. Hier kollidiert der Schutz der Arbeitnehmer am Erhalt ihres einheimischen Arbeitsplatzes mit dem Schutz der Freizügigkeit fremder Arbeitnehmer.²³⁸ Dass das AEntG eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen könnte, wurde bereits festgestellt.²³⁹ Jedoch gilt zu beachten, dass das AEntG auf einer europäischen Richtlinie beruht. Die Entsenderichtlinie soll der Harmonisierung des Binnenmarktes und somit auch langfristig dem Schutz der entsendeten Arbeitnehmer dienen. Eine solche Harmonisierung der Marktfreiheiten ist aber nur zu erreichen, wenn gewisse Freiheitsbeschränkungen in Kauf genommen werden. Durch die Angleichung der Arbeitsbedingungen wird langfristig gesehen die Freizügigkeit aller Arbeitnehmer geschützt, da in allen Staaten die gleichen Bedingungen gelten.²⁴⁰ Die Befugnis zur Harmonisierung hat aber einzig und allein der Gemeinschaftsgesetzgeber und nicht ein einzelner Mitgliedstaat inne. Würde das AEntG nicht auf der Harmonisierungsrichtlinie beruhen, würde läge aufgrund des Schutzzwecks, nationale Märkte zu schützen, eine Beschränkung vor.²⁴¹ Somit ist es nicht der Arbeitnehmerschutz, sondern die Harmonisierung des Binnenmarktes, die vorliegend Eingriffe in die Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen.

236 EuGH EuZW 2000, S. 88 ff. (88).

237 Roloff, S.179.

238 Roloff, S.179.

239 siehe D. 3.2.

240 Roloff, S 180.

241 Roloff, S.180.

4. Beschränkung durch Verfallbarkeit von Anwartschaften betrieblicher Altersversorgung

Die Freizügigkeit könnte außerdem durch die Verfallbarkeit von Anwartschaften betrieblicher Altersversorgung beschränkt werden. Gem. § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG²⁴² bleibt einem Arbeitnehmer, dem eine betriebliche Altersversorgung zugesichert worden ist, die Anwartschaft erhalten, wenn die Zusage seit 5 Jahren besteht und er das 25. Lebensjahr vollendet hat, wenn das Arbeitsverhältnis endet. Verlässt der Arbeitnehmer somit vor dem 30. Lebensjahr und innerhalb fünf Jahre des Bestehens der Zusage den Betrieb, verliert er nach § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG seine Altersversorgung. Dies könnte ihn von einem Arbeitgeberwechsel und somit unter Umständen von einem Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat abhalten.

Teilweise wird diese Regelung als Beschränkung angesehen. Den sich aus Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV ergebenden Anforderungen müssten auch die Zusatzversorgungssysteme genügen, sprich die Gewährung der Leistungen müsste in jedem Mitgliedstaat möglich sein. So dürfe etwa ein Arbeitgeber die Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nicht davon abhängig machen, dass der Arbeitnehmer seine Rente im Staat der bisherigen Beschäftigung beziehe.²⁴³ Eine Beschränkung der Freizügigkeit ergebe sich zudem, wenn ein Arbeitnehmer durch Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat die bisher erworbenen Anwartschaften verliere, weil die nationale – vorliegend deutsche - Unverfallbarkeitsfrist noch nicht abgelaufen ist.²⁴⁴ Zwar habe man mit der Richtlinie 98/49/EG einen ersten Schritt unternommen, jedoch fehle es an der rechtlichen Angleichung der Unverfallbarkeit der unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten, die erforderlich wäre, um die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu vermeiden.²⁴⁵ Hiernach entstehen dem Arbeitnehmer durch die Kündigung Nachteile, was eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt. Hiergegen kann vorgebracht werden, dass Beschränkungen der Freizügigkeit nur dann vorliegen, wenn der

242 BetrAVG steht im Folgenden für das Betriebsrentengesetz.

243 Steinmeyer, EuZW 1999, S. 645 ff. (647).

244 Steinmeyer, EuZW 1999, S. 645 ff. (647).

245 Steinmeyer, EuZW 1999, S. 645 ff. (649).

Zugang beschränkt wird. Fraglich ist somit, ob der Verlust der Anwartschaft als Zugangsbeschränkung oder als Modalität gewertet werden kann, die einer Zugangsbeschränkung im Ergebnis gleichkommt. Der Verlust der Anwartschaft ist jedoch eher als Modalität beim Verlassen des Arbeitsmarktes zu werten. Für den neuen Arbeitgeber kann der Verlust sogar einen Einstellungsanreiz darstellen, da er nicht dazu verpflichtet ist, die betriebliche Altersversorgung weiterzuführen.²⁴⁶ Auch werden grenzüberschreitende Sachverhalte im Vergleich zu inländischen Sachverhalten nicht benachteiligt, da auch inländische, nationale Arbeitsplatzwechsel zum Verlust der Anwartschaft führen. Somit liegt keine Beschränkung der Freizügigkeit im Sinne einer Zugangsbeschränkung vor. Der Verlust der Anwartschaft könnte jedoch zu einer faktischen Bindung des Arbeitnehmers führen. Um den Verlust der Anwartschaft, die bereits einen gewissen rechtlich geschützt Wert besitzt, zu verhindern, könnte der Arbeitnehmer in seiner Entscheidung, den Arbeitsplatz zu wechseln, beeinflusst werden. Jedoch ist auch hier zu beachten, dass die Vorschrift nicht auf den Verfall der Anwartschaften, sondern auf deren Unverfallbarkeit abzielt. Ohne das BetrAVG würden die Anwartschaften des Arbeitnehmers auch nach jahrelanger Betriebszugehörigkeit verfallen.²⁴⁷ Somit dient die Vorschrift dem Schutz und nicht dem Verlust der Anwartschaften. Insofern bleibt es bei dem Ergebnis, dass keine Beschränkung vorliegt.

5. Einseitige Verlängerungsoptionen in Arbeitsverträgen von Profimannschaftssportlern als Beschränkung i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV

Im Profimannschaftssport schließen die Vereine und die Sportler häufig befristete Verträge mit einer einseitigen Verlängerungsoption zugunsten der Vereine. Die ordentliche Kündigung ist während der Vertragslaufzeit meist ausgeschlossen. Dies gestaltet sich so, dass nur der Verein nach Ablauf des Vertrages eine Option hat den Vertrag zu verlängern, sprich auch wenn der Spieler den Verein nach Vertragslaufzeit verlassen möchte, kann der Verein

²⁴⁶ Roloff, S. 155.

²⁴⁷ Roloff, S. 155.

den Vertrag verlängern, indem er rechtzeitig von seiner Verlängerungsoption Gebrauch macht. Da der Spieler während der Vertragslaufzeit nicht ordentlich kündigen kann, bleibt ihm nur die begründungsbedürftige außerordentliche Kündigung oder ein Aufhebungsvertrag, wenn er den Vertrag vorzeitig beenden möchte. Diesen Aufhebungsvertrag schließt er aber mit dem Verein, seinem Arbeitgeber. Einem solchen Vertrag wird der Verein aber in der Regel nicht so ohne weiteres zustimmen. Meist stimmt er einer vorzeitigen Aufhebung nur gegen Zahlung einer Ablösesumme zu. Für den Spieler kann sich hier wieder das Problem stellen, dass eine vermeintliche Ablösesumme andere und somit auch ausländische Vereine daran hindern könnte, den Spieler zu kaufen. Dies wirkt sich wieder auf die Freizügigkeit des Spielers aus, der in einem anderen Land und bei einem anderen Verein spielen möchte. Dies erinnert sehr an die Konstellation im Fall „**Bosman**“. Wie bereits angesprochen sieht es der EuGH seit dem Fall „**Bosman**“ als Beschränkung der Freizügigkeit an, wenn ein Spieler nach Ablauf des Vertrages den Verein und den Mitgliedstaat nur wechseln kann, wenn der neue Verein eine Transferentschädigung für diesen Spieler an den bisherigen Verein zahlt.

Es wird vertreten, dass die einseitigen Verlängerungsklauseln formal von den Grundsätzen des „**Bosman**“ Urteils nicht erfasst werden. „**Bosman**“ betreffe nur nachvertragliche Entschädigungszahlungen.²⁴⁸ Die vorliegende Konstellation stelle aber eine Umgehung des „**Bosman**“ Urteils dar. Zwar begründe die einseitige Optionsausübung nicht unmittelbar eine Verpflichtung zur Zahlung einer nachvertraglichen Transferentschädigung. Jedoch sei für die Umgehung des „**Bosman**“ Urteils eine solche Zahlungsverpflichtung nicht nötig. Vielmehr genüge es, dass durch die Option die für die Erzielung der Ablösesumme notwendige Verhandlungsposition geschaffen werde. Ohne eine solche Optionsklausel könne der abgebende Verein keine Ablöse erzielen. Da das „**Bosman**“ Urteil einen bestimmten Erfolg verbiete, nämlich die Zahlung eines Ablösebetrags, und nicht nur eine bestimmte rechtliche Gestaltung, die zu diesem Erfolg führe, sei die einseitige Vertragsverlängerungsoption als

248 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (748).

Umgebungsgeschäft zu werten.²⁴⁹

Das Verbot von Umgebungsgeschäften ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Ein Umgebungsgeschäft liegt immer dann vor, wenn durch Umgehung verbotener rechtlicher Gestaltungen ein vom Gesetz verbotener Erfolg herbeigeführt werden soll.²⁵⁰ Bei Umgehung eines Verbotsgesetzes ist § 134 BGB einschlägig, wenn durch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Gesetzeszweck vereitelt werde.²⁵¹ Somit kann man die einseitige Verlängerung nur als Umgehung werten, wenn Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV ein Verbotsgesetz darstellt. Das Beschränkungsverbot in Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV stellt aber wie bereits festgestellt wurde kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB dar, da es Private nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar bindet.²⁵² Einzelne arbeitsvertragliche Regelungen stellen per se keine Beschränkung i.S.d. Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV dar. Dies gilt auch für einseitige Verlängerungsoptionen. Eine Beschränkung der Freizügigkeit liegt somit nur dann vor, wenn die mitgliedstaatlichen Schutzpflichten unzureichend sind und die mitgliedstaatlichen Schutzvorschriften überschritten wurden.²⁵³

5.1 § 624 als Schutzvorschrift

Durch die Verlängerungsoption entsteht eine Bindung an den Vertrag. Die Bindung an einen Vertrag als solche kann nicht als Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit angesehen werden.²⁵⁴ Natürlich ist aber nicht jede vertragliche Bindung zulässig. Der Gesetzgeber wird seiner Schutzpflicht mit § 624 BGB bei Profisportlern gerecht. Zwar haben Profisportler mit 15-20 Jahren eine kürzere aktive Berufszeit, jedoch können Profisportler bei einer maximalen Bindung von fünf Jahren, mindestens dreimal wechseln. Dies bietet Spielern ausreichend Möglichkeit berufliche Chancen zu nutzen.²⁵⁵ Der durchschnittliche Fußballprofi steht nicht in der typischen Arbeitnehmerschutzposition. Er verdient regelmäßig

249 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (748).

250 Nasse, SpuRt 1997, S. 45 ff. (47).

251 Nasse, SpuRt 1997, S. 45 ff. (47).

252 siehe C. 6.2.1.

253 Roloff, S. 263.

254 Nasse, SpuRt 1997, S. 45 ff. (46).

255 Roloff, S. 263.

überdurchschnittlich und ist meist wesentlich besser beraten als der „normale“ Arbeitnehmer. Die Regelung des § 624 BGB erscheint im Verhältnis zwischen den Rechtsgütern Vertragsfreiheit und Freizügigkeit ausgewogen und auch unter dem Blickwinkel des Art. 45 AEUV / Art. 39 EGV nicht zu beanstanden.²⁵⁶

5.2 § 622 Abs. 6 BGB als Schutzvorschrift

Als Schutzvorschrift kommt weiterhin § 622 Abs. 6 BGB in Frage. Die Verlängerungsoption könnte eine gem. § 622 Abs. 6 BGB unzulässige Verlängerung der Kündigungsfrist oder eine ebenfalls von § 622 Abs. 6 BGB erfasste Vereinbarung darstellen, die dem Arbeitnehmer weniger Kündigungsfristen gewährt als dem Arbeitgeber.²⁵⁷ Weiterhin erhält § 622 Abs. 6 BGB den allgemeinen Grundsatz, dass die ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers im Vergleich zum Arbeitgeber nicht erschwert werden dürfe. Somit sind auch faktische Kündigungsbeschränkungen erfasst.²⁵⁸ Diese Grundsätze sollen erst recht gelten, wenn dem Arbeitnehmer eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht nur erschwert wird, sondern - wie beim vorliegend gewählten Sachverhalt - die arbeitnehmerseitige Kündigung durch Abschluss eines Zeitvertrags gem. § 620 Abs. 1 BGB völlig ausgeschlossen wird. Der Kündigungsausschluss belastet den Arbeitnehmer noch stärker als eine längere Frist oder eine sonstige Kündigungserschwerung.²⁵⁹ Ob ein Fünf-Jahres-Vertrag mit einem einseitigen Kündigungsrecht des Arbeitgebers nach drei Jahren abgeschlossen wird oder ein Drei-Jahres-Vertrag mit einem einseitigen Verlängerungsrecht des Arbeitgebers für weitere zwei Jahre, führt zum selben Ergebnis. In beiden Fällen hat es der Arbeitgeber in der Hand, nach drei Jahren das Vertragsverhältnis zu beenden. Der Arbeitnehmer hat dies hinzunehmen und ist länger an den Vertrag gebunden als der Arbeitgeber. Somit liege hier ein Umgehungsgeschäft vor, da die Parteien versuchen den Zweck eines verbotenen Geschäfts (ungleiche Kündigungslage) mit Hilfe eines anderen, nicht ausdrücklich verbotenen Geschäfts (einseitige Option)

256 Kelber, NZA 2001, S. 11 ff. (15).

257 Preis, in: Staudinger, § 622 Rdn. 52, Neubearbeitung 2002.

258 Preis, in: Staudinger, § 622 Rdn. 53, Neubearbeitung 2002.

259 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (745).

zu erreichen.²⁶⁰ Somit steht der Schutzgedanke des § 622 Abs. 6 BGB der Verlängerungsoption entgegen. Dagegen vermag auch der Einwand nicht zu überzeugen, durch die Verlängerungsoption werde die Freiheit des Arbeitnehmers zur Vertragsbeendigung nicht beeinträchtigt, weil die Optionsausübung nicht zur Beendigung, sondern zur Fortsetzung des Vertrages führe und daher der Arbeitgeber ebenso wenig kündigen könne wie der Arbeitnehmer. Diese Argumentation geht an der Wirkung der Optionsausübung vorbei. Der im Vertrag manifestierte Wille des Arbeitnehmers, zu dem vereinbarten Zeitpunkt den Vertrag zu beenden wird überwunden, indem ihm der Arbeitgeber einseitig die Verlängerung des Vertrages über diesen Zeitpunkt hinaus aufzwingt. Die Optionsausübung verwirklicht einerseits den Willen des Arbeitgebers zur Fortsetzung des Vertrages, sie hebt aber andererseits auch den entgegenstehenden Willen des anderen Vertragsteils auf.²⁶¹

5.2.1 Rechtsfolge bei einem Verstoß gegen § 622 Abs. 6 BGB

Weiterhin ist umstritten, welche Rechtsfolge bei einer Verletzung des § 622 Abs. 6 BGB eintritt. Teilweise wird vertreten, dass die einseitige Optionsklausel als Umgehungsgeschäft zu § 622 Abs. 6 BGB gem. § 134 BGB nichtig ist. Die Verbotsnorm des § 622 Abs. 6 BGB wolle nicht nur die Vornahme eines Geschäfts bestimmter Art - die Vereinbarung ungleicher Kündigungsfristen - verhindern, sondern einen bestimmten rechtlichen Erfolg, gleichgültig auf welche Art er herbeigeführt werde. § 622 Abs. 6 habe den Zweck die Dispositionsfreiheit des Arbeitnehmers zu schützen.²⁶² Somit entfalle die Klausel und es gelte die kürzere gesetzliche Kündigungsfrist des Arbeitnehmers.²⁶³

Hiervon abweichend wird vertreten, dass im Ergebnis die Frist des Arbeitgebers an die Frist des Arbeitnehmers anzupassen ist, sprich die Frist des Arbeitgebers soll verlängert werden.²⁶⁴ Dies leitet man aus einer Analogie zu § 89 Abs. 2 Satz 2 HGB²⁶⁵ ab, da § 622 Abs. 6 und § 89 Abs. 2

260 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (745).

261 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (745).

262 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (746).

263 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (746).

264 Preis, in: Staudinger, § 622 Rdn. 57, Neubearbeitung 2002.

265 HGB steht im Folgenden für Handelsgesetzbuch.

Satz 2 HGB auf einer gleichgelagerten Interessenlage beruhen. Gem. § 89 Abs. 2 Satz 1 HGB dürfen zwischen Unternehmer und Handelsvertreter durch Vereinbarung zwar Kündigungsfristen verlängert werden, jedoch darf die Frist für den Unternehmer nicht kürzer sein. Gem. § 89 Abs. 2 Satz 2 HGB gilt bei Vereinbarung einer kürzeren Frist zugunsten des Unternehmers, die Frist des Handelsvertreters. Gegen die Analogie wird eingewendet, dass § 89 Abs. 2 HGB sich auf die Kündigung des Unternehmers – und somit analog auf die Kündigung des Arbeitgebers – und nicht auf die des Handelsvertreters – und somit nicht auf die Kündigung des Arbeitnehmers – beziehe.²⁶⁶ Die Norm setze zu Lasten des Unternehmers die Fristenparität durch, da sie die Kündigung des Unternehmers erschwere und nicht die Kündigung des Handelsvertreters erleichtere. § 622 Abs. 6 sei dem diametral entgegengesetzt, da er die Kündigung des Arbeitnehmers erleichtern solle.²⁶⁷ Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Zweck des § 622 Abs. 6 BGB nicht darauf beruht, die Kündigung des Arbeitnehmers zu erleichtern. Einziger Zweck ist es, eine Verlängerung der Frist zu vermeiden. Ein solcher Zweck ließe sich § 622 Abs. 6 BGB nur entnehmen, wenn Frist des Arbeitnehmers an die kürzere Frist des Arbeitgebers angepasst werden sollte, worauf § 622 Abs. 6 BGB jedoch nicht abzielt.²⁶⁸ Einer analogen Anwendung des § 89 Abs. 2 Satz 2 HGB und somit einer Anpassung der Kündigungsfrist des Arbeitgebers hat sich nun auch das BAG angeschlossen. Die Voraussetzungen einer analogen Anwendung von § 89 Abs. 2 Satz 2 HGB seien gegeben. Es liegen sowohl eine Gesetzeslücke als auch mit § 89 Abs. 2 HGB ein analogiefähiger gesetzlicher Tatbestand vor.²⁶⁹ § 622 Abs. 6 enthalte eine gesetzliche Regelungslücke, da er keine Rechtsfolge für die Fälle vorsehe, in denen die Arbeitsvertragsparteien eine längere Kündigungsfrist für eine Kündigung durch den Arbeitnehmer vereinbart haben. Außerdem regle § 89 Abs. 2 Satz 2 HGB anders als § 622 Abs. 6 BGB die Folgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Fristenparität.²⁷⁰

266 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (746).

267 Kindler, NZA 2000, S. 744 ff. (746).

268 Roloff, S. 246.

269 BAG NJW 2005, S. 3230 f. (3230).

270 BAG NJW 2005, S. 3230 f. (3231).

Der Grundsatz der Fristenparität setzt sich hiermit durch.²⁷¹

Die Lage eines selbständigen Handelsvertreters und eines Arbeitnehmers seien auch vergleichbar. In beiden Fällen werde die Kündigungsfrist zu Lasten der vermeintlich „schwächeren“ Vertragspartei verändert. Es gebe keinen einleuchtenden sachlichen Grund, warum im Verhältnis zum persönlich abhängigen Arbeitnehmer gerade der selbstständige Handelsvertreter bei einer unzulässigen vertraglichen Gestaltung der Kündigungsfrist eines stärkeren Schutzes bedürfe.²⁷² Weder aus der Gesetzesgeschichte des § 89 Abs. 2 Satz 2 HGB, noch aus dem Sinn und Zweck der Norm lasse sich schließen, die gesetzliche Regelung sei allein dem Schutzbedürfnis und der besonderen Stellung des selbstständigen Handelsvertreters geschuldet. Bei der Vorschrift des § 89 Abs. 2 HGB handelt es sich nicht um eine auf die besonderen Belange des Handelsvertreters beschränkte Schutzvorschrift.²⁷³ Dieser Ansicht ist aus den besagten Gründen auch der Vorzug zu geben. Somit wird die Kündigungsfrist des Arbeitgebers nach oben angepasst, was im Ergebnis zu einer beidseitigen Optionsregelung führt.

5.2.2 Ergebnis

Der Gesetzgeber kommt mit den §§ 622 Abs. 6 BGB, 624 BGB auch seiner Schutzpflicht nach, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer vor Beschränkungen Dritter zu schützen.²⁷⁴

271 Hopt, in: Baumbach/Hopt, § 89 Rdn. 30, 34. Auflage.

272 BAG NJW 2005, S. 3230 f. (3231).

273 BAG NJW 2005, S. 3230 f. (3231).

274 Roloff, S. 276.

E. Fazit

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Existenz eines Beschränkungsverbots im europäischen Arbeitsrecht auch zukünftig weitestgehend unumstritten sein wird. Bezüglich der Einschränkung des Beschränkungsverbots bietet sich eine Unterscheidung zwischen Zugang zum Arbeitsmarkt und Ausübung, sprich eine Unterscheidung zwischen Zugangsbeschränkung und Arbeitsmodalitäten und Arbeitsmodalitäten, die wie eine Zugangsbeschränkung wirken, an. Regelungen, die das Ob des Zugangs betreffen, sind in jedem Falle eine Beschränkung. Eine Anwendung der „Keck“-Formel scheidet aus.

Aufgrund des Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68 bindet das Diskriminierungsverbot sowohl private Vereinigungen und Verbände, als auch den einzelnen Arbeitgeber, sprich diskriminierende Regelungen in Verträgen sind unwirksam. Da eine solche Vorschrift für das Beschränkungsverbot fehlt, die Privatautonomie zu stark belastet wird und die Grundfreiheiten auch über die Generalklauseln einfließen können, reicht eine mittelbare Bindung von privaten Vereinigungen und einzelnen privaten Arbeitgebern aus. Dass einzelne Private, sprich einzelne Arbeitsverträge keiner unmittelbaren Bindung unterliegen sollen, hat der EuGH in den Urteilen „**Bosman**“ und „**Bernard**“ zwar nicht beantwortet, jedoch kann dies auch so verstanden werden, dass er eben einzelne Arbeitsverträge von der Bindung an das Beschränkungsverbot ausnehmen möchte. Wollte der EuGH eine Bindung einzelner Arbeitsverträge, hätte er dies in einem obiter dictum klarstellen können. Hierauf hat er wiederholt verzichtet. Einseitige Verlängerungsoptionen in Verträgen von Profimannschaftssportlern stellen mangels Bindung an das Beschränkungsverbot somit ebenfalls keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Umgehung des Beschränkungsverbots dar.

Weiterhin konnte festgestellt werden, dass die meisten deutschen arbeitsrechtlichen Regelungen wie beispielsweise das Betriebsrentengesetz letztendlich keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen. Das Arbeitnehmerentsendegesetz könnte zwar eine Beschränkung darstellen, jedoch kann diese Beschränkung durch die Harmonisierung des Binnenmarkts gerechtfertigt werden.

„Ich versichere an Eides Statt, dass ich die Masterarbeit selbständig und unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen. Ich erkläre mich hiermit einverstanden, dass die Arbeit auf Verlangen des Prüfenden mit Hilfe eines Plagiatserkennungsprogramms auf ggf. enthaltene Plagiate überprüft wird.“

Datum, Unterschrift