

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 208

**Das Beschränkungsverbot
des Art. 39 EG (Freizügigkeit)
und seine Auswirkungen auf
das nationale Arbeitsrecht**

Von

Sebastian Roloff



Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN ROLOFF

**Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit)
und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht**

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 208

Das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG (Freizügigkeit) und seine Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht

Von

Sebastian Roloff



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahre 2000/2001 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 3-428-10901-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln nahm die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2000/2001 als Dissertation an. Die Arbeit berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis zum 6. Juli 2002.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Hanau für die Betreuung und Unterstützung bei der Entstehung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Jürgen F. Baur danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für Korrekturen und kritische Anmerkungen danke ich Anne Bussenius.

Berlin, im Juli 2002

Sebastian Roloff

Inhaltsübersicht

Einleitung	25
-------------------------	----

1. Kapitel

Das staatsgerichtete Beschränkungsverbot des Art. 39 EG	27
I. Begriff des Beschränkungsverbots	27
II. Existenz eines allgemeinen Beschränkungsverbots	28
III. Anwendungsbereich des Beschränkungsverbots	41
IV. Abgrenzung des allgemeinen Beschränkungsverbots von anderen Freizügigkeitsrechten	63
V. Voraussetzungen einer Beschränkung	80
VI. Beschränkung durch staatliches Unterlassen	127
VII. Verfahrensrechte aus Art. 39 EG	138
VIII. Beschränkung durch Nichtgewähr einer Leistung?	145
IX. Negative Freizügigkeit	148
X. Anwendungsbeispiele im Arbeitsrecht	149
XI. Rechtfertigung einer Beschränkung	170

2. Kapitel

Die Bindung Privater an das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG	187
I. Einleitung	187
II. Begriffsbildung	187

III. Ansichten und Stellungnahme	188
IV. Rechtsfolgen unzulässiger privater Beschränkungen	238
V. Anwendungsbeispiele	242
VI. Ergebnis	328

3. Kapitel

Anwendung des Beschränkungsverbots auf öffentliche und diesen angenäherte Arbeitgeber	329
I. Einleitung	329
II. Bindung der Mitgliedstaaten als Arbeitgeber	329
III. Bindung von Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG	339
IV. Bindung von Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG	344
V. Ergebnis	346
Schluß	347
Literaturverzeichnis	348
Sachwortverzeichnis	363

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	25
<i>1. Kapitel</i>	
Das staatsgerichtete Beschränkungsverbot des Art. 39 EG	27
I. Begriff des Beschränkungsverbots	27
II. Existenz eines allgemeinen Beschränkungsverbots	28
1. Ansicht des EuGH und des überwiegenden Schrifttums	28
2. Ablehnende Ansicht	30
3. Ansicht des Generalanwalts Lenz	30
4. Stellungnahme	31
a) Das allgemeine Beschränkungsverbot als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	31
aa) Abgrenzung und Zulässigkeit der Rechtsfortbildung	31
bb) Voraussetzungen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung	33
(1) Keine Herleitung durch Auslegung	33
(2) Planwidrige Lücke im geltenden Recht	35
(3) Ausfüllen der Lücke	37
(4) Grenzen der Rechtsfortbildung	38
b) Schlußfolgerung	39
5. Ergebnis	40
III. Anwendungsbereich des Beschränkungsverbots	41
1. Allgemeine Voraussetzungen	41
2. Adressaten des staatsgerichteten Beschränkungsverbots	41
a) Mitgliedstaaten	41

b) Gemeinschaftsorgane	42
aa) Grundfrage	42
bb) Ansicht des EuGH	42
cc) Ansicht im Schrifttum	43
dd) Stellungnahme	44
c) Mitgliedstaaten bei der Anwendung/Umsetzung von Gemeinschaftsrechtsakten	45
3. Notwendigkeit grenzüberschreitender Sachverhalte	45
a) Ansicht des EuGH	45
b) Befürwortende Ansicht	46
c) Gegenansicht	46
aa) Allgemein	46
bb) Erfassung nationaler Vorgänge im Wege der Rechtsfortbildung	47
cc) Verbot der EU-Inländerdiskriminierung	48
d) Stellungnahme	48
aa) Unzulässiger Schluß vom erforderlichen Gemeinschaftsbezug	48
bb) Art. 39 Abs. 3 EG als Auslegungshilfe?	49
cc) Assoziationsrechtliches Argument	50
dd) Argumente gegen eine Rechtsfortbildung	51
ee) Wertungswiderspruch gegenüber Grenzgängern?	53
ff) Kein unnötiger Formalismus	54
gg) Ergebnis	54
e) Erfassung innerstaatlicher Vorgänge durch nationale Grundrechte	54
aa) Bejahende Ansicht	55
bb) Ablehnende Auffassung	55
cc) Differenzierende Ansicht	56
dd) Stellungnahme	56
f) Anforderungen an den Beweis des grenzüberschreitenden Sachverhalts ...	58
g) Ergebnis	59
4. Arbeitnehmerstatus vor dem Überschreiten der Grenze	59
a) Problem	59
b) Bisherige Stellungnahmen	59
c) Konkretisierung des Beschränkungsverbots anhand der übrigen Grundfreiheiten	60

Inhaltsverzeichnis	11
5. Ausnahme für die öffentliche Verwaltung (Art. 39 Abs. 4 EG)	60
a) Wortlaut	61
b) Systematik	61
c) Teleologie	61
d) Ergebnis	62
6. Ergebnis	63
 IV. Abgrenzung des allgemeinen Beschränkungsverbots von anderen Freizügigkeitsrechten	 63
1. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 39 Abs. 2 EG)	63
2. Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge durch den Herkunftsstaat ..	64
a) Anwendung des Art. 39 Abs. 2 EG	64
b) Ansicht des EuGH	64
c) Anwendung des Beschränkungsverbots	65
d) Ansicht des Generalanwalts Fennelly	66
e) Ansicht des Generalanwalts Lenz	66
f) Stellungnahme	67
g) Ergebnis	68
3. Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge durch den Aufnahmestaat ..	68
a) Anwendung des Art. 39 Abs. 2 EG	69
b) Gegenansicht im Schrifttum	69
c) Ansicht des Generalanwalts Fennelly	69
d) Ansicht des EuGH	70
aa) Rechtssache Scholz	70
bb) Rechtssachen Kraus/Vlassopoulou/Bobadilla	71
cc) Rechtssache Angonese	72
e) Stellungnahme	72
aa) Relevanz der Fragestellung	72
bb) Keine planwidrige Lücke in Art. 39 Abs. 2 EG	73
cc) Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG	74
dd) Beurteilung der Entscheidung Angonese	74
ee) Beurteilung der Entscheidung Scholz	76

ff) Gleichbehandlung aller Diskriminierungen grenzüberschreitender Vorgänge	76
gg) Art. 39 Abs. 4 EG	76
f) Ergebnis	77
4. Diskriminierung der eigenen Staatsangehörigen gegenüber EU-Ausländern ...	77
5. Art. 39 Abs. 3 EG	79
6. Art. 18 EG	79
7. Ergebnis	79
V. Voraussetzungen einer Beschränkung	80
1. Einleitung	80
2. Rechtsprechung des EuGH	80
a) Freizügigkeit der Arbeitnehmer	81
aa) Zugangsbeschränkungen	81
(1) Rechtssache Bosman	81
(2) Rechtssache Lehtonen	82
bb) Untergrenze des Beschränkungsverbots	83
cc) Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge durch den Herkunftsstaat	84
(1) Rechtssache Masgio	84
(2) Rechtssache Terhoeve	85
(3) Rechtssache Sehrer	86
(4) Zusammenfassung	87
dd) Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge durch den Aufnahmestaat	87
ee) Diskriminierung der eigenen Staatsangehörigen gegenüber EU-Ausländern in grenzüberschreitenden Sachverhalten	88
ff) Zusammenfassung	88
b) Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit	88
aa) Zugangsbeschränkungen	88
bb) Diskriminierung grenzüberschreitender Vorgänge durch den Herkunftsstaat	89
cc) Untergrenze des Beschränkungsverbots	89
dd) Zusammenfassung	90
c) Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit	90
d) Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit	91
e) Ergebnis	92
3. Weites Verständnis des Beschränkungsverbots im Schrifttum	92
4. Zugangsbeschränkungsverbot	93

5. Ansicht des Generalanwalts Alber	94
6. Ansicht des Generalanwalts Fennelly	95
7. Finalität und wirtschaftlicher Ordnungsrahmen als Konkretisierung des Beschränkungsverbots	98
8. Schrifttum zum Verbot der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	99
a) Zugangsbeschränkungsverbot	99
b) Gegenansicht	99
9. Stellungnahme	100
a) Rechtsprechung des EuGH	100
b) Weitest mögliche Ausdehnung des Beschränkungsverbots	101
c) Vorgeschlagene Begrenzungen des Beschränkungsbegriffs	102
d) Übertragung von Keck auf die Freizügigkeit	103
e) Unterscheidung in Zugangs- und Ausübungsregeln	105
f) Abgrenzung diverser Zugangsregeln	107
aa) Grundlage	107
bb) Formale und materielle Zugangsregelungen	107
cc) Begrenzung auf rechtlichen Zugangsausschluß	108
dd) Unterscheidung von Zugangsausschluß und Zugangsmodalitäten	108
10. Lösung im Wege wertender Rechtsvergleichung zur Grundrechtslehre	109
a) Methode und Voraussetzungen	109
b) Vergleichbare spezifische Ziele und Strukturprinzipien	110
aa) Art. 39 EG: ein Grundrecht?	110
(1) Bejahende Ansicht im Schrifttum	111
(2) Gegenansicht im Schrifttum	111
(3) Stellungnahme	112
bb) Anklänge grundrechtlicher Dogmatik in Rechtsprechung und Schrifttum	114
(1) Kausalität / Unmittelbarkeit	115
(2) Intensität	115
(3) Finalität	115
(4) Schutzgegenstand	116
cc) Vergleichbare institutionelle und rechtsstaatliche Aspekte	116
c) Fazit	118
d) Grundsätze der europäischen Grundrechtslehre	119
aa) EuGH	119
bb) EuGMR	119

e)	Grundsätze im deutschen Verfassungsrecht	119
aa)	Allgemeine Grundsätze zu mittelbaren Grundrechtseingriffen	119
(1)	Modifikation klassischer Merkmale	120
(2)	Weitere Merkmale	121
(a)	Kausalität	121
(b)	Intensität	121
(c)	Schutzzweck des betroffenen Grundrechts	122
(3)	Zusammenfassung der Merkmale	122
bb)	Konkretisierung anhand besonderer Grundrechte mit Bezug zu Art. 39 EG	123
(1)	Art. 11 GG	123
(2)	Art. 12 GG	123
f)	Übertragung der Grundsätze auf das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG	125
11.	Ergebnis	126
VI.	Beschränkung durch staatliches Unterlassen	127
1.	Problemstellung	127
2.	Herleitung der Schutzpflicht	127
3.	Übertragung der Rechtsprechung auf die Freizügigkeit	129
4.	Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht	130
a)	Voraussetzungen der Schutzpflicht	130
aa)	Ansicht des EuGH	130
bb)	Erfordernis verbotener Handelshemmnisse	131
cc)	Gegenansicht	131
dd)	Stellungnahme	132
b)	Erfüllung der Schutzpflicht	134
aa)	Ansicht des EuGH	134
bb)	Ansicht im Schrifttum	135
cc)	Stellungnahme	136
5.	Durchsetzung der Schutzpflicht	137
6.	Ergebnis	138
VII.	Verfahrensrechte aus Art. 39 EG	138
1.	Einordnung des Problems	138
2.	Herleitung der Verfahrensrechte durch den EuGH	139
3.	Herleitung aus dem Diskriminierungs- oder Beschränkungsverbot?	140
4.	Umfang der Verfahrensrechte	143
5.	Rechtsfolge	145
6.	Ergebnis	145

VIII. Beschränkung durch Nichtgewähr einer Leistung?	145
IX. Negative Freizügigkeit	148
X. Anwendungsbeispiele im Arbeitsrecht	149
1. Nichtgewähr einer Abfertigung nach § 23 Österreichisches Angestellten Gesetz (ÖAngG)	149
a) Problematik	149
b) Ansicht des EuGH	150
c) Ansicht im Schrifttum	150
d) Ansicht des Generalanwalts Fennelly	150
e) Stellungnahme	151
aa) Abwehrrecht aus Art. 39 EG	151
bb) Leistungsrecht aus Art. 39 EG	152
f) Ergebnis	153
2. Sperrzeit nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III	153
3. Unverfallbarkeit der Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung nach § 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG	154
a) Problemstellung	154
b) Ansicht im Schrifttum	155
c) Stellungnahme	155
aa) Abwehrrecht aus Art. 39 EG	155
bb) Schutzpflicht aus Art. 39 EG	156
cc) Besonderheiten aufgrund § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG	158
d) Ergebnis	158
4. Verfallbarkeit beamtenrechtlicher Versorgungsbezüge (§ 34 BBG)	159
a) Problematik	159
b) Anwendungsbereich	159
c) Beschränkung der Freizügigkeit	159
d) Ergebnis	161
5. § 624 BGB	161
6. Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 1, 4 und 5 S. 2 BGB	162
a) Regelungsgehalt des § 622 BGB	162
b) Beschränkung der Freizügigkeit durch § 622 Abs. 1 BGB	163
c) Beschränkung durch § 622 Abs. 4 und 5 S. 2 BGB	163
7. §§ 74 ff. HGB	164

8. AEntG und Richtlinie 96/71/EG	165
a) Problematik	165
b) Anwendbarkeit des Art. 39 EG auf entsandte Arbeitnehmer	165
aa) Ablehnende Ansicht des EuGH und des Schrifttums	165
bb) Bejahende Ansicht im Schrifttum	166
cc) Stellungnahme	166
c) Beschränkung der Freizügigkeit	168
aa) Ablehnende Auffassung	168
bb) Stellungnahme	169
d) Ergebnis	170
9. § 623 BGB	170
10. Ergebnis	170
XI. Rechtfertigung einer Beschränkung	170
1. Grundlage	170
2. Herleitung und Verhältnis zu den Schranken des Art. 39 Abs. 3 EG	171
a) Rechtsprechung des EuGH	171
b) Ansicht im Schrifttum	172
c) Analogie zu Art. 46 EG	172
d) Gegenansicht	173
e) Stellungnahme	173
3. Verhältnis zu der Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen	174
a) Fragestellung	174
b) Ansicht im Schrifttum	175
c) Stellungnahme	175
4. Ausprägungen des Allgemeininteresses	176
a) Wirtschaftliche Erwägungen	176
b) Sport	176
aa) Funktionsfähigkeit sportlicher Wettkämpfe	176
bb) Finanzielles und sportliches Gleichgewicht der Vereine	177
cc) Motivation zur Ausbildung	177
dd) Schutz der Organisation des weltweiten Fußballs	177
ee) Kostenausgleich	178
c) Kohärenz des Steuersystems	178
aa) Rechtsprechung des EuGH	178
bb) Kritik im Schrifttum	178

d) Arbeitnehmerschutz	179
aa) Rechtsprechung des EuGH	179
bb) Stellungnahme	179
e) Gesundheit	180
f) Mißbrauchsverbot	180
g) Gefährdung des nationalen Steuer- und Sozialabgabensystems	181
h) Administrative Schwierigkeiten	181
i) Honorierung der Treue zum Arbeitgeber	182
j) Wahrung des Arbeitsfriedens	182
5. Rechtfertigung durch kollidierendes Vertragsrecht / Grundrechte	182
a) Kollidierendes Vertragsrecht	182
b) Grundrechte	183
aa) Art der Berücksichtigung der Grundrechte	183
(1) Ansicht des Generalanwalts Lenz und des EuGH	183
(2) Gegenansicht im Schrifttum	184
(3) Stellungnahme	184
bb) Grundrechte des Beschränkenden	185
cc) Berufsfreiheit des Arbeitnehmers	185
c) Differenzierte Rechtfertigung nach Beschränkungsintensität	185
6. Ergebnis	186

2. Kapitel

Die Bindung Privater an das Beschränkungsverbot des Art. 39 EG 187

I. Einleitung	187
II. Begriffsbildung	187
III. Ansichten und Stellungnahme	188
1. Ansicht des EuGH	188
a) Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EG	188
aa) Rechtssache Walrave	188
bb) Rechtssache Doná	189
cc) Rechtssache Haug-Adrion	190
dd) Ausländerklauseln im Profisport (Rechtssache Bosman)	190
ee) Vordienstzeiten im öffentlichen Dienst	191
ff) Rechtssache Angonese	191
gg) Fazit Diskriminierungsverbot	193

b) Beschränkungsverbot des Art. 39 EG	194
aa) Rechtssache Bosman	194
bb) Rechtssache Lehtonen	195
cc) Rechtssache Bobadilla	195
dd) Fazit	196
c) Rechtsprechung zur Drittwirkung anderer Grundfreiheiten	197
aa) Warenverkehrsfreiheit	197
bb) Dienstleistungsfreiheit	197
cc) Niederlassungsfreiheit	198
d) Fazit	198
2. Ablehnende Ansichten im Schrifttum	198
a) Kompetenzgründe	198
b) Rechtsstaatliche Gründe	199
c) Systematik des EG-Vertrages	200
3. Differenzierende Ansichten	201
a) Unmittelbare Drittwirkung bei „Rechtlicher Zwangsläufigkeit“	201
b) Praktische Konkordanz	202
c) Spürbarkeit der Beschränkung durch Private	203
d) Auf Diskriminierungsverbot und intermediäre Gewalten begrenzte unmittelbare Drittwirkung	204
e) Unmittelbare Drittwirkung nach Vertragsende	206
4. Bejahende Ansicht im Schrifttum	208
5. Stellungnahme	209
a) Relevanz der Fragestellung	209
b) Ableitung aus der Rechtsprechung des EuGH	209
c) Untaugliches Kriterium der nachvertraglichen Beschränkung	212
d) Gegen eine Unterscheidung intermediärer Gewalt und sonstiger Privater ..	214
e) Systematische Argumente	216
aa) Art. 81, 82 EG	216
bb) Art. 86 Abs. 1 und 2 EG	219
cc) Schwierige Konkurrenz zwischen Wettbewerbsregelungen und unmittelbar drittwirkendem Beschränkungsverbot	220
dd) Art. 226, 85 EG	220
ee) Art. 141 EG	221
ff) Art. 12 EG	221

f) Teleologische Argumente / effet utile	222
g) Einheitliches Verständnis der Grundfreiheiten	222
h) Pflicht zur gesetzeskonformen Rechtsfortbildung	223
i) Fehlende Übertragungsmöglichkeit der Schranken des Art. 39 Abs. 3 EG und der Allgemeininteressen	224
j) Staatstheoretische Überlegungen	225
k) Wertende Rechtsvergleichung zur Drittwirkung der Grundrechte	227
l) Konkretisierung der vertikalen Einwirkung des Beschränkungsverbots	231
aa) Kollektive Regelungen	232
(1) Tarifnormen	232
(2) Betriebsvereinbarungen	234
(3) Verbandsvorschriften	234
bb) Individualvereinbarungen	236
m) Ergebnis	237
6. Ergebnis	238
IV. Rechtsfolgen unzulässiger privater Beschränkungen	238
1. Vertragliche Absprachen	238
a) Ansicht im Schrifttum	238
b) Ansicht des EuGH	238
c) Stellungnahme	239
aa) Allgemein	239
bb) Kollektivvereinbarungen	240
cc) Individualvereinbarungen	241
2. Schadensersatz	241
a) Ansicht im Schrifttum	241
b) Stellungnahme	241
3. Ergebnis	242
V. Anwendungsbeispiele	242
1. Rechtliche Bindung des Arbeitnehmers an das Arbeitsverhältnis	242
a) Problemstellung	242
b) Ausschluß der ordentlichen Kündigung durch Befristung des Arbeitsver- hältnisses	242
c) Fortgesetzter Ausschluß der ordentlichen Kündigung durch Verlänge- rungsklauseln	243
d) Die Vereinbarung längerer Kündigungsfristen	244

e) Besonderheiten im Profisport?	252
aa) Grundlage	252
bb) Allgemein	254
(1) Ansicht der Europäischen Kommission	254
(2) Gegenansicht im Schrifttum	255
cc) Ansichten zu den Verlängerungsoptionen	256
(1) Umgehung des Art. 39 EG durch § 11 Abs. 4 Lizenzspielervertrag	256
(2) Gegenansicht	257
(3) Umgehung des Art. 39 EG durch alle Verlängerungsoptionen	259
(4) Gegenansicht	260
dd) Stellungnahme	260
(1) Umgehung des Art. 39 EG?	260
(2) Umgehung des Bosman-Urteils?	261
(3) Bindung an den Vertrag als Beschränkung der Freizügigkeit?	262
(4) Vereinbarung einer „Ablösesumme“ im Arbeitsvertrag	265
(5) Einseitigkeit der Option als Nichtigkeitsgrund?	269
(6) Besonderheiten aufgrund der Formulareigenschaft	274
ee) Ergebnis	276
f) Ergebnis	276
2. Faktische Bindung des Arbeitnehmers an das Arbeitsverhältnis	276
a) Allgemein	276
b) Vertragsstrafe bei ordnungsgemäßer Arbeitnehmerkündigung	277
c) Vorenthalten von Lohnbestandteilen bei der Arbeitnehmerkündigung	279
d) Nichtgewähr von Sondervergütungen bei der Arbeitnehmerkündigung	281
aa) Sondervergütung mit Stichtagsklausel	281
bb) Sondervergütung mit Mischcharakter	284
(1) Problematik	284
(2) Lösung durch das BAG	285
(3) Stellungnahme	286
cc) Sonderfall „Treueprämie“	287
(1) Ansicht des BAG	287
(2) Stellungnahme	288
dd) Ergebnis	289
e) Verfallbarkeit von Anwartschaften aus betrieblicher Altersversorgung	289
f) Übernahme einer vom Arbeitnehmer abgeschlossenen Lebensversicherung	290
aa) Entscheidung des BAG	290
bb) Stellungnahme	290

g) Rückzahlung von Gratifikationen und sonstigen Sonderleistungen für Betriebsstreu	291
aa) Individualvertrag	291
(1) Problematik	291
(2) Lösung des BAG und des Schrifttums	291
(3) Stellungnahme	293
(4) Bewertung der Rechtsfolgen abweichender Vereinbarungen	296
bb) Besonderheiten bei Tarifverträgen	297
h) Rückzahlung eines Darlehens und Zinsanpassung	298
i) Rückzahlung von Fort- und Weiterbildungskosten	299
aa) Problematik	299
bb) Individualvertragliche Absprache	300
(1) Ansicht des BAG und des arbeitsrechtlichen Schrifttums	300
(2) Stellungnahme	301
cc) Tarifvertrag	303
dd) Individualvertragliche Rückzahlungsklauseln im Profisport	303
(1) Grundsatz	303
(2) Ansicht im Schrifttum	304
(3) Ansicht des Österreichischen OGH	305
(4) Kritik im Schrifttum an dieser Entscheidung	306
(5) Ansicht im Schrifttum	307
(6) Stellungnahme	307
ee) Rückzahlungsklauseln in Verbandsvorschriften des Profisports	309
(1) Problematik	309
(2) Ansicht des Generalanwalts Lenz	309
(3) Ansicht der deutschen Rechtsprechung und Literatur	310
(4) Ansicht im europäischen Schrifttum	311
(5) Stellungnahme	311
j) Rückzahlung von Umzugskosten	315
aa) Grundlage	315
bb) Ansicht des BAG	315
cc) Ansicht im Schrifttum	315
dd) Stellungnahme	316
3. Verbandsregeln im Profisport	317
a) Transferfristen	317
aa) Regelungsgegenstand	317
bb) Bewertung	317

b) Internationaler Freigabebeschein	319
aa) Grundlage	319
bb) Ansicht des Generalanwalts Lenz	319
cc) Ansicht im Schrifttum	320
dd) Stellungnahme	320
c) Pflicht zur Aufnahme in die Transferliste	322
aa) Allgemein	322
bb) § 13 Ziffer 6 lit. a) Lizenzordnung Spieler	322
cc) § 13 Ziffer 6 lit. e) 2. Alt. i.V.m. § 7 Ziffer 2 Lizenzordnung Spieler ..	323
d) Ergebnis	324
e) Die „Flucht in den Tarifvertrag“ als Ausweg?	325
4. Sonstige individualvertragliche Absprachen	326
VI. Ergebnis	328

3. Kapitel

Anwendung des Beschränkungsverbots auf öffentliche und diesen angenhörte Arbeitgeber 329

I. Einleitung	329
II. Bindung der Mitgliedstaaten als Arbeitgeber	329
1. Rechtsprechung des EuGH	329
2. Ansicht des Generalanwalts Fennelly	331
3. Ansichten im Schrifttum	332
4. Stellungnahme	332
a) Kritik an der Ansicht im Schrifttum	332
b) Fehlende Abgrenzung fiskalischen Verhaltens	333
c) Rechtsprechung zu den Richtlinien	334
d) Privatautonomie	336
e) Art. 86 Abs. 1 EG	336
f) Einheitliche Behandlung aller Arbeitgeber	337
g) Grundrechtsdogmatik	337
5. Ergebnis	338
III. Bindung von Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 1 EG	339
1. Problemstellung	339
2. Begriff des Unternehmens in Art. 86 Abs. 1 EG	339

Inhaltsverzeichnis	23
3. Ansicht der Rechtsprechung	339
4. Ansicht im Schrifttum	340
5. Differenzierende Ansicht	341
6. Ablehnende Ansicht	341
7. Auffassung des Generalanwalts Lenz und Da Cruz Vilaça	341
8. Stellungnahme	341
a) Wortlaut und Zweck des Art. 86 Abs. 1 EG	341
b) Gleichbehandlung mit fiskalisch handelndem Mitgliedstaat	342
c) Ungleichbehandlung privater Arbeitgeber	343
d) Wertende Rechtsvergleichung	343
9. Ergebnis	343
IV. Bindung von Unternehmen im Sinne des Art. 86 Abs. 2 EG	344
1. Problematik und Begriff der Unternehmen	344
2. Ansicht der Rechtsprechung	344
3. Ansicht im Schrifttum	344
4. Ansicht im Schrifttum	345
5. Stellungnahme	345
V. Ergebnis	346
Schluß	347
Literaturverzeichnis	348
Sachwortverzeichnis	363

Einleitung

Art. 39 Abs. 1 EG garantiert innerhalb der europäischen Gemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Die Freizügigkeit wird durch die Inländergleichbehandlung aller Arbeitnehmer nach Art. 39 Abs. 2 EG und die besonderen Freizügigkeitsrechte nach Art. 39 Abs. 3 EG gewährleistet. Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz in einen anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft verlagern, dürfen bei den Arbeits- und Aufenthaltsbedingungen nicht schlechter behandelt werden als einheimische Arbeitnehmer. Das ausführlich diskutierte Diskriminierungsverbot¹ ist nicht frei von Schwächen. Insbesondere sieht es keine Sanktion für Maßnahmen der Mitgliedstaaten vor, die den Zugang zu fremden Arbeitsmärkten für alle Arbeitnehmer ohne Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit versperren. In solchen Fällen werden die Arbeitnehmer zwar nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit schlechter behandelt. Sie werden aber benachteiligt, weil sie ihr Recht auf Freizügigkeit im Binnenmarkt in Anspruch nehmen. Solche Maßnahmen halten Arbeitnehmer davon ab, Arbeitsmärkte zu wechseln und konterkarieren so die Freizügigkeit.

Inzwischen wächst das Gefühl für diese nichtdiskriminierenden Beschränkungen der Freizügigkeit. Das hängt damit zusammen, daß die Mobilität der Arbeitnehmer zunimmt und dem Binnenmarkt nicht mehr hauptsächlich durch Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit Schranken gezogen werden. Es wird zudem immer schwieriger, Arbeitnehmer nach ihrer Staatsangehörigkeit zu unterscheiden. Ein Arbeitnehmer kann in einem Mitgliedstaat ansässig sein und nicht dessen Staatsangehörigkeit besitzen. Arbeitnehmer werden auch durch den eigenen Mitgliedstaat an der Ausübung ihrer Freizügigkeit gehindert, wenn sie diesen verlassen oder in ihn zurückkehren. Die fremde Staatsangehörigkeit kennzeichnet nicht mehr die Arbeitnehmer, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, so daß das Verbot der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht mehr alle dem Binnenmarkt entgegenstehenden Maßnahmen erfaßt.

Dennoch ist die Freizügigkeit nach Art. 39 Abs. 1 EG innerhalb der Gemeinschaft umfassend zu gewährleisten. Die Freizügigkeit muß sich daher auf ein von der Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit losgelöstes, „absolutes“ Freiheitsrecht zubewegen, um diesem Anspruch gerecht zu werden. Der EuGH hat diese Entwicklung am 15. 12. 1995 bestätigt:² Bestimmungen, die einen Staatsan-

¹ *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit; *Fabis*, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG-Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht.

² EuGH, Urteil v. 15. 12. 1995 (Bosman), Slg. I 1995, S. 4921 ff. = EuZW 1996, S. 82 ff.

gehörigen eines Mitgliedstaates daran hinderten oder davon abhielten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellten Beeinträchtigungen der Freizügigkeit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung fänden.³ Durch diese Formel gerät aber eine Vielzahl von Gesetzen und Maßnahmen auf den Prüfstand des Art. 39 EG. Fraglich ist, ob diese Entwicklung die „Deiche des europäischen und nationalen Arbeitsrechts“⁴ bestehen lassen oder das Arbeitsrecht „zwischen Markt und Angleichung zermahlen“⁵ wird?

³ EuGH, Urteil v. 15. 12. 1995 (Bosman), Slg. I 1995, S. 4921, 5069 = EuZW 1996, S. 82, 88, Rn. 96.

⁴ *Hanau*, RdA 1999, S. 159, 160.

⁵ *Adomeit*, NJW 1998, S. 2021, 2022.

1. Kapitel

Das staatsgerichtete Beschränkungsverbot des Art. 39 EG

I. Begriff des Beschränkungsverbots

Bei den Grundfreiheiten des EG-Vertrages wird zwischen dem Verbot, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten zu diskriminieren (Diskriminierungsverbot), und dem Verbot, die Ausübung einer Grundfreiheit unterschiedslos für In- und Ausländer zu beschränken (Beschränkungsverbot¹), differenziert. Das Beschränkungsverbot setzt keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit voraus und wird deshalb auch als absolutes Freiheitsrecht bezeichnet.² Der Begriff des Beschränkungsverbots ist in Abgrenzung zum Diskriminierungsverbot geeignet, unterschiedslose Beschränkungen und Behinderungen des Freizügigkeitsrechts nach Art. 39 EG zu erfassen. Fraglich ist aber, wie allgemein es zu verstehen, wie es zu konkretisieren und wie es vom Diskriminierungsverbot abzugrenzen ist.

¹ LAG Schleswig-Holstein, Beschluß v. 12. 6. 1998, NZA 1998, S. 1248: „Art. 48 EGV enthält nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern darüber hinausgehend auch ein Beschränkungsverbot“; *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 193; *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, S. 210; *Lenz/Scheuer* Art. 39 EG, Rn. 35 „Behinderungsverbot“; *Callies/Ruffert/Brechmann* Art. 39 EG, Rn. 48; *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Wölker* Art. 48 EGV, Rn. 6; BVerwG, Beschluß v. 5. 3. 1996, Buchholz 401.61, Zweitwohnungssteuer, Nr. 11, S. 12, 13 „Beschränkungsverbot“; *Dauses*, Handbuch des Europäischen Wirtschaftsrechts/Hailbronner, D I, Rn. 41d; *Trommer*, Die Transferregelungen im Profisport, S. 63 f.; *O’Keefe/Osborne*, Revue du Marché Unique Européen 1996/1, S. 17, 34: „Obstacles à la libre circulation“; *Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als koordinationsrechtliche und gleichheitsrechtliche Abwehrrechte, S. 37; *Lenz/Scheuer* Art. 39 EG, Rn. 35; *Callies/Ruffert/Brechmann* Art. 39 EG, Rn. 48; *Schwarze/Schneider/Wunderlich* Art. 39 EG, Rn. 41; *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten, S. 25; *Grabitz/Hilf/Randelzhofer/Forsthoff* Vor Art. 39 – 55 EG, Rn. 86; *Ehlers*, Jura 2001, S. 266, 270.

² *Lackhoff*, Die Niederlassungsfreiheit des EGV – nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, S. 213.