

Rezension

F. Christian Genzow/Barbara Grunewald/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz*. Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag; Köln, Schmidt, 2010, XV, 818 S., 199,- €

Es gibt kaum einen in den Rechtswissenschaften bekannteren Anwalt in Deutschland und nur wenige von vergleichbarem rechtspolitischen Engagement. Mit seinen publizistischen Aktivitäten hat *Friedrich Graf von Westphalen* immer wieder Kerngebiete des deutschen (vor allem Vertrags-)Rechts für die Praxis erschlossen. Was also lag näher, ihm eine große Festschrift zu widmen und diese dem Zentrum dessen zu verschreiben, was den Jubilar vielfach und immer wieder beschäftigt hat: „Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz“.

Das Oberthema hat – wenig überraschend – zahlreiche Autoren (*Berger, Brauch, Grunewald, Hoeren, Kappus, Nielsen, Pfeiffer, Präve*) zu der Befassung mit dem AGB-Recht geführt. Auch wenn naturgemäß nicht auf sämtliche der Beiträge hier eingegangen werden kann, verdient doch der Beitrag von *Drettmann* („Handelsbräuche und Allgemeine Geschäftsbedingungen“) besonderer Hervorhebung, weil er sich eines selten behandelten Themas annimmt, wie es auch etwa im Kontext von Art. 9 CISG (und damit auch Art. 23 I c) Brüssel I-VO) durchaus auftritt. Die entwickelten Lösungen überzeugen dabei durchaus, lassen aber ein Eingehen auf internationale Sachverhalte vermissen. Das gilt insbesondere für die Frage, ob sich ein internationaler Handelsbrauch auch unter Verstoß gegen § 307 BGB entwickeln kann und damit zugleich der Inhaltskontrolle entzogen ist.

Es nimmt nicht wunder, daß sich eine ebenso große Zahl der Beiträge mit Fragen des Verbraucherschutzes befaßt (*Altmeppen, Duve/Sattler, Emmerich, Gollnisch, Horn, Kreft, Mathijssen, Schütze, Steiling, Vogt*). Ein besonders wichtiges – zuletzt auch von der Staatsrechtslehrervereinigung behandeltes – Thema reißt dabei *Ewer* an (Verbraucherschutz und öffentliches Recht), dessen Fazit, das öffentliche Recht müsse Hilfe

leisten, die Sachlage vielleicht nicht vollständig erfaßt. Die Idee wechselseitiger Auffangordnungen (*Hoffman-Riem*) vermißt man bei der skizzenhaften Darstellung ebenso, wie die Frage nach der Anwendung im Ausgangspunkt privatrechtlicher Richtlinien (insbesondere des Fernabsatzrechts) auf öffentlich-rechtlich organisierte Leistungsverhältnisse. Hier wartet noch viel Arbeit auf die Verbraucherrechtswissenschaft.

Von den weiteren behandelten Großthemen ist weniger das Schiedsrecht (*Elsing, Kreindler, Staudinger*) dafür aber umso mehr das anwaltliche Berufsrecht (*Hellwig, Henssler*) von gemeinschaftsprivatrechtlichem Interesse. Insbesondere wirft der Beitrag von *Henssler* (Konsequenzen verfassungswidriger Berufsrechtsnormen. Zur Befugnis einer Rechtsanwaltskammer zur Zulassung einer Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG) weiterdenkend die Frage auf, ob nicht kraft Niederlassungsfreiheit eine Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG österreichischen Rechts eine einfache Gestaltungsalternative böte. Zahlreiche weitere Aufsätze behandeln Fragen des Gesellschaftsrechts in weiterem Sinne (*Fandrich, Kleindiek, Lenz, Maier-Reimer, Sandrock, Seibel/Freii von Preuschen-von Lewinski, Gerald Spindler, Thüsing/Forst, Vetter, Westermann*) sowie eine ganze Reihe von nicht ohne weiteres einem Oberthema zuzuordnenden Themen (*Dauner-Lieb/Khan, Foerste, Furmans, Genzow, Haas/Schulze, Habersack, Krämer, Landry, Miller, Zahn*).

Die Aktivitäten des Jubilars auf dem Brüsseler Parkett rechtfertigen schließlich eine besonders spannende Kategorie, der gleich drei der Beiträge zuzurechnen sind: So fragt *Gündisch* nach „Sprache und Stil der europäischen Rechtsetzung zum Verbraucherschutz“, *Krümmel* untersucht die Rechtsprache der EU im Blick auf das Zusammenspiel von Verbraucher und Vernunft und Mitherausgeber *Schulte-Nölke* schließlich sieht im Gemeinsamen Referenzrahmen „Bausteine aus der Wissenschaft für die englische Vertragssprache“. Der Rezensent hat diesen drei Beiträgen das größte Maß an Inspiration entnommen; bereits sie lassen die Lektüre des bunten Potpourri als lohnend erscheinen.

Martin Schmidt-Kessel, Universität Bayreuth

Arbeits- und Sozialrecht

Arbeitnehmerfreizügigkeit und Berufsfreiheit

– Ablaufen der Übergangsfristen am 1.5.2011 – aktuelle Rechtsprechung – Rückzahlung von Aus- und Weiterbildungskosten

Professorin Dr. Eva Kocher, Frankfurt a.d. Oder

Der Tag der Arbeit 2011 warf seine Schatten voraus – zusammen mit den Beschlüssen der Arbeits- und Sozialrechtlichen Abteilung des 68. Deutschen Juristentags von 2010¹ befeuerte das Datum die politische Debatte um Mindestentgelte. Denn am 1. Mai 2011 liefen die Übergangsfristen für die uneingeschränkte Geltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zu den im Jahre 2004 beigetretenen EU-Mitgliedstaaten ab.² Deutschland hat in der Frist allerdings wenig unternommen, um der befürchteten Unterbietungskonkurrenz auf den

Arbeitsmärkten zu begegnen. Mit Ausnahmen der ins AEntG aufgenommenen Branchen³ fehlt es in Deutschland bis heute

¹ 68. DJT 2010 in Berlin, Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, Beschluss 10).

² Anhänge V-XIV (Abschnitt 2.) zu Art. 24 der Beitrittsakte (vgl. Art. 1 II des Beitrittsvertrags). Zur Anwendung auf Arbeitsverhältnisse, die vor dem Beitritt abgeschlossen worden waren, siehe schon EuGH 27.9.1989 – C-9/88 (Lopes da Veiga) in Abgrenzung zu EuGH 26.5.1993 – Rs. C-171/91 (Tsiotras).

an allgemein verbindlichen Mindeststandards im Bereich des Entgelts; für die Arbeitnehmerüberlassung schlägt der zuständige Bundestagsausschuss nun ebenfalls die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung entsprechend dem AEntG vor.⁴

1. Verbesserung der Arbeitsbedingungen oder Unterbietungskonkurrenz?

Schon die Arbeitnehmer-Freizügigkeitsverordnung 1612/68/EWG wurde aber mit der Erwägung begründet, dass „[...] die Mobilität der Arbeitskräfte innerhalb der Union [...] für den Arbeitnehmer eines der Mittel sein [solle], die ihm die Möglichkeit einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen garantieren und damit auch seinen sozialen Aufstieg erleichtern, wobei gleichzeitig der Bedarf der Wirtschaft der Mitgliedstaaten befriedigt wird.“⁵ Die Übergangsfristen – wie sie bereits in ähnlicher Form beim Beitritt Spaniens und Portugals im Jahre 1986 vereinbart waren – beruhten hingegen auf der Annahme, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit „schwerwiegende Störungen des Arbeitsmarktes oder [die] Gefahr derartiger Störungen“ zur Folge haben könnte.⁶ Weil Deutschland und Österreich diese Gefahren noch im Jahre 2009 sahen, schöpften sie die Fristen aus.

Die Befürchtungen einer Unterbietungskonkurrenz zu Lasten von Arbeitsentgelten und Arbeitsbedingungen gehen auf Überlegungen des US-amerikanischen Ökonomen Samuelson aus den 1960er Jahren zurück, wonach ein höheres Arbeitskraftangebot durch Einwanderung zu einem Druck auf die Löhne führt, insbesondere bei unterschiedlichen Entgelt-niveaus.⁷ Konkret wird auch befürchtet (und beobachtet), dass Unternehmen die Migration in Niedriglohnbereiche und prekäre Beschäftigung als Instrument einsetzen, um Druck auf inländische Standards zu erzeugen.⁸ Beschäftigte mit gut verwertbaren Qualifikationen könnten andererseits initiativ von der Freizügigkeit Gebrauch machen, so dass sich ein stärkerer Wettbewerb um Fachkräfte ergeben könnte. Für die Arbeitsbedingungen in den Herkunftsländern sind darüber hinaus Angleichungseffekte erhofft (und beobachtet) worden, die Hoffnungen auf eine Angleichung nach oben zu bestätigen scheinen.

Die individuelle Entscheidung zur Migration bedeutet allerdings einen tief greifenden Einschnitt in das Leben und die Biographie; sie wird nicht nur von ökonomischen Überlegungen bestimmt. Man darf deshalb gespannt sein, inwieweit nach Ablauf der Übergangsfristen tatsächlich eine Transnationalisierung der Arbeitsmärkte stattfinden und welche sozialpolitischen Folgen dies haben wird. Fest steht lediglich, dass der Arbeitsmarkt bzw. die Arbeitsmärkte nach Geltung der Freizügigkeit größer werden; welche tatsächlichen Wirkungen dies haben wird, ist schwer zu prognostizieren.⁹

2. Rechtsgrundlagen der Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Freizügigkeit und Binnenmarkt: Art. 45 AEUV

Das Recht der Arbeitnehmer auf Freizügigkeit (Art. 45 AEUV) steht im funktionalen Kontext des Binnenmarktes: Die Grundfreiheit soll den Beschäftigten die Arbeitsmärkte aller Mitgliedstaaten öffnen und umgekehrt den Arbeitgeberinnen

und Arbeitgebern das Arbeitskräfteangebot aller Mitgliedstaaten bereitstellen. Im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit entfällt insbesondere die Notwendigkeit einer Arbeiterlaubnis. Damit entfällt in der Praxis vor allem bürokratischer Aufwand für Beschäftigte und Unternehmen.¹⁰

Wer seine Arbeitnehmerfreizügigkeit wahrnimmt und abhängige Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, kann arbeitsrechtlich regelmäßig auf den Schutz des Arbeitsrechts des Aufnahmemitgliedstaats vertrauen. Denn kollisionsrechtlich ist auf ein Arbeitsverhältnis das Recht des gewöhnlichen Arbeitsorts anzuwenden (Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO 593/2008/EG). Rechtlich¹¹ sollte damit eine Unterbietungskonkurrenz nicht möglich sein. Arbeitsverhältnisse mit ausländischen und inländischen Arbeitnehmer/innen unterliegen derselben Rechtsordnung und auch im Rahmen des Anwendungsbereichs eines Tarifvertrags damit denselben tariflichen Standards.¹²

Der Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV wird vor allem über den Begriff des „Arbeitnehmers“ bestimmt, der wegen seiner Bedeutung für die Reichweite des Schutzes vom EuGH autonom ausgelegt wird: „[...] *anderenfalls würde die Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer vereitelt, denn der Inhalt dieser Begriffe könnte ohne die Kontrolle durch Gemeinschaftsorgane einseitig durch nationale Rechtsvorschriften festgelegt und verändert werden* [...]“¹³ Die wesentlichen Merkmale des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ergeben sich aus einer rechtsvergleichenden Auslegung und stimmen mit den Vorstellungen der meisten Mitgliedstaaten über die Anwendungsbereiche ihrer Arbeitsrechtsordnungen jedenfalls strukturell weitgehend überein. Arbeitnehmer/in ist danach, wer eine echte und tatsächliche Berufstätigkeit unter Weisung eines anderen für eine Gegenleistung ausübt.¹⁴ Für die Abgrenzung

³ § 4 AEntG.

⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 17/5238 (§ 3a); anders noch Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, BT-Drs. 17/4804.

⁵ Erwägungsgrund 3 der Freizügigkeitsverordnung 1612/68/EWG; siehe jetzt den Kodifikationsentwurf KOM (2010)204 endg.

⁶ Anhänge V-XIV, Abschnitt 2.5 zu Art. 24 der Beitrittsakte. Ausführlicher Überblick über die damit verbundenen Rechtsfragen bei Schroeder/Lechner/Müller, ZÖR 64 (2009) (Österreich), S. 85 ff.

⁷ Siehe bei <http://de.wikipedia.org/wiki/Stolper-Samuelson-Theorem> (18.3.2011). Zu den Differenzen der Entgelt-niveaus zwischen Deutschland einerseits und Tschechien sowie Polen andererseits (aus diesen Staaten wird der stärkste Zuzug von osteuropäischen Arbeitsmigranten erwartet): Müller/Meiners/Lorenz, Mitb 12/2010, S. 11).

⁸ *Schulten*, in: Platzer/Hetges (Hrsg.), Europa, Quo Vadis?, 2011.

⁹ Baas/Brücker, Wirkungen der Zuwanderungen aus den neuen mittel- und osteuropäischen EU-Staaten auf Arbeitsmarkt und Gesamtwirtschaft, 2010; siehe auch Kubis/Schneider, Wirtschaft im Wandel 2010, S. 198 ff.

¹⁰ Bislang § 39 VI, II AufhG, § 284 SGB III. Ausführliche Darstellung Brand, BB 2004, Beilage S. 11.

¹¹ Dies schließt nicht aus, dass es aufgrund der Konkurrenz tatsächlich dazu kommt, siehe oben bei Fn. 7 f.

¹² *Kocher*, § 4 TVG, Rn. 73 ff. in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006.

¹³ EuGH 11.7.1985 – C-105/84 (Foreningen af Arbejdsledere i Danmark).

¹⁴ St. Rspr. des EuGH 3.7.1986 – C-66/85 (Lawrie-Blum), Rn. 16 f; EuGH 11.9.2008 – C-228/07 (Petersen), Rn. 45; EuGH 4.2.2010 – C-14/09 (Genc), Rn. 19.

zentral ist dabei die Weisungsgebundenheit bzw. das Unterordnungsverhältnis. Da dieses organisatorisch und vertraglich gestaltbar ist, unterliegt die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und selbstständiger gewerblicher oder beruflicher Tätigkeit der vertraglichen Disposition, die in der Regel durch die unternehmerische Organisation vorgegeben ist. Dies macht die Abgrenzung anfällig für Konstruktionen, die als „Scheinselbstständigkeit“ missbräuchlich erscheinen können.¹⁵

Wegen der weit reichenden Rechtsfolgen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ist die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit praktisch und dogmatisch von großer Bedeutung. Auf der Ebene der Grundfreiheiten ist der Gewährleistungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit insofern von der Niederlassungsfreiheit sowie der Dienstleistungsfreiheit abzugrenzen.

aa) Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit

Im Verhältnis zu den neuen Beitrittsstaaten war dies bislang vor allem in Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit relevant, die keinen Übergangsfristen unterlag.¹⁶ In der Öffentlichkeit wurden darüber hinaus missbräuchliche werkvertragliche Konstruktionen bekannt, aufgrund derer Beschäftigte aus Polen und anderen Beitrittsstaaten in deutschen Fleischverarbeitungsunternehmen tätig waren.¹⁷ Für solche Bereiche kann das Ende der Übergangsfristen einen gewissen Legalisierungsdruck mit sich bringen.

In anderen Bereichen, in denen wie im Pflegebereich aufgrund der organisatorischen Struktur ohne Missbrauchsverdacht unterschiedliche Gestaltungen zwischen selbstständiger und abhängiger Tätigkeit bestehen, wird die Abgrenzung künftig von großer Bedeutung bleiben.¹⁸

bb) Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit ist zum einen in Hinblick auf selbstständig tätige Einzelunternehmer/innen von Bedeutung, die zwar nicht ihren Lebensmittelpunkt verlegen, sondern ihre Leistungen in grenznahen Bereichen grenzüberschreitend anbieten. Darüber hinaus spielt sie in Bezug auf Unternehmen eine Rolle, die grenzüberschreitende Dienstleistungen mit Hilfe ihrer Arbeitnehmer/innen durchführen.¹⁹ Wenn rechtlich Unterbietungskonkurrenz zu Lasten der Arbeitsentgelte und -bedingungen droht, dann von dieser Seite. Denn solange die Arbeitnehmer/innen nur im Rahmen einer Dienstleistung (z.B. eines Bauauftrags in einem anderen Mitgliedstaat) „vorübergehend“ entsandt werden, ändert die grenzüberschreitende Tätigkeit nichts am anwendbaren Recht: Es bleibt das Arbeitsrecht des Staats anwendbar, in dem der/die Betreffende „gewöhnlich“ beschäftigt ist.²⁰ So können auf Baustellen in Deutschland Arbeitnehmer/innen zu portugiesischen oder polnischen Entgelten beschäftigt werden.

Aus diesem Grunde beschränkten sich die Übergangsfristen im Verhältnis zu den seit 2004 beigetretenen neuen Mitgliedstaaten nicht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, sondern erstreckten sich auf die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit in bestimmten Branchen (Baugewerbe, Gebäudereinigung, Innendekoration), soweit mit der Dienstleistungserbringung die Entsendung von Arbeitskräften verbunden war.²¹ Bilaterale Abkommen erlaubten z.T. die Entsendung zur Ausführung von Werkverträgen.²²

Das resultierende Herkunftslandprinzip für die Arbeitsbedingungen führt nicht nur zu Kontrollproblemen bei der Tätigkeit in den Zielländern, es verschärft auch negative sozialpolitische Wirkungen der Entgeltkonkurrenz. Besonders problematisch ist dies im Fall der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung, die eine Dienstleistung i.S.d. Art. 56 AEUV darstellt; sie ist organisatorisch leicht ins Ausland zu verlagern, von wo dann anschließend zurück-„geliehen“ werden kann.²³

Die Europäische Union akzeptiert im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH mit der Entsende-Richtlinie 96/71/EG zwar Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit, die sich aus einer Erstreckung von Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer/innen mit ausländischem Arbeitsvertragsstatut ergeben können.²⁴ Nach Meinung des EuGH ist diese Erstreckung aber nur durch allgemein geltende Mindestentgelte möglich. Diese liegen in Deutschland im Fall der Allgemeinverbindlicherklärungen über das AEntG vor.²⁵ Da das AEntG bislang aber nur für wenige Branchen gilt (§ 4 AEntG), wäre zu erwarten gewesen, dass die Übergangsfristen dazu genutzt würden, die Arbeitsmärkte durch die Einführung weiterer Mindestentgelte auf die unbeschränkte Geltung von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit vorzubereiten. Diese Chance ist leider versäumt worden.

b) Migration und Integration: Die UN-Wanderarbeiterkonvention

Neben der binnenmarktlich motivierten Rechtsgrundlage des Art. 45 AEUV gibt es eine Reihe menschenrechtlicher Grundlagen der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die gesellschaftliche Integration verbürgen sollen. Das Internationale Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeiter und ihrer Familienangehörigen von 1990 (UN-Wanderarbeiter-

¹⁵ Siehe z.B. *Däubler*, AuR 2010, S. 142 ff.

¹⁶ Der polnische Klempner, der in der französischen Öffentlichkeit eine gewisse Rolle gespielt hat, durfte auch in den vergangenen Jahren bereits nach Frankreich übersiedeln.

¹⁷ Siehe Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Grüne zu Arbeitsbedingungen in der deutschen Fleischwirtschaft, BT-Drs. 17/4341, S. 5; siehe auch zum rechtlichen Hintergrund Faist/Sieveling/Reim, *Ausland im Inland. Die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in der Bundesrepublik Deutschland*, 1999; Maiß, *Die Entsendung von Arbeitnehmern aus den MOE-Staaten auf Werkvertragsbasis nach der EU-Osterweiterung*, 2008.

¹⁸ Siehe z.B. *Fuchs*, NZA 2010, 980.

¹⁹ Siehe auch die Überlegungen in EuGH 7.5.1998 – C-350/96 (Clean Car); EuGH 21.10.2003 – C-317/01 ((Abatay), C-369/01 (Sahin).

²⁰ Genauer *Kocher* (a.a.O.) Rn. 98 ff.

²¹ Anhänge V-XIV, Abschnitt 2.13 zu Art. 24 der Beitrittsakte.

²² Siehe dazu Feist/Sieveling/Reim (a.a.O.). Das Verhältnis des Abkommens zu den Übergangsfristen behandelt EuGH 21.1.2010 – C-546/07.

²³ Siebenhüter, *Arbeitsmarkt Leiharbeit – Risiken und Chancen der künftigen Dienstleistungsfreiheit*, WSI-Mitt. 2011, S. 146 ff; zu den Rechtsgrundlagen der grenzüberschreitenden Leiharbeit im Einzelnen siehe *Bomke*, BB 2005, 270 ff.

²⁴ Vgl. EuGH 24.1.2002 – C-164/99 (Portugaia Construções), Rn. 19; EuGH 9.8.1994 – C-43/93 (Vander Elst), Rn. 16; EuGH 27.3.1990 – C-113/89 (Rush Portuguesa), Rn. 18; EuGH, 28.3.1996 – C-272/94 (Guiot).

²⁵ EuGH 3.4.2008 – C-346/06 (Rüffert); EuGH 19.6.2008 – C-319/06 (Luxemburg); zur Kritik z.B. *Kocher*, *juridikum* 2010, II. 2.

merkonvention, durch Deutschland nicht ratifiziert) behandelt nicht nur die Rechte legal, sondern auch illegal eingewandelter Migrantinnen und Migranten (die allerdings keinen Anspruch auf umfassende Gleichbehandlung haben). Spieß hebt in ihrer Analyse der Konvention insbesondere die Informationspflichten des Staates hervor,²⁶ die der Tatsache Rechnung tragen, dass Migrantinnen und Migranten auf umfassende Informationen angewiesen seien, um sich vor Ausbeutung schützen zu können. So sollten insbesondere die Polizei- und Ordnungsbehörden anlässlich von Kontrollen bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit die angetroffenen Migrant/innen auch über ihre Rechte gegenüber den jeweiligen Arbeitgeber/innen informieren.

Die Konvention schützt nicht nur abhängig beschäftigte Arbeitnehmer/innen schützt, sondern in gleicher Weise selbstständig tätige Beschäftigte: Nach Art. 2 Abs. 1 ist jede Person, die in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht hat, eine Tätigkeit gegen Entgelt ausüben wird, ausübt oder ausgeübt hat, Wanderarbeitnehmer/in im Sinn der Konvention – wobei nicht einmal erforderlich ist, dass die Person selbst migriert ist; erfasst sind alle Personen „mit Migrationshintergrund“, die nicht die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen, in dem sie leben und arbeiten.

Die Europäische Sozialcharta von 1961 (von Deutschland ratifiziert) regelt einen Ausschnitt aus diesem Fragenbereich. So fordert Art. 12 Abs. 4 die Staaten auf sicherzustellen, dass Migrantinnen und Migranten Ansprüche aus der sozialen Sicherheit erhalten können.²⁷

Den engen Zusammenhang von Freizügigkeit, gesellschaftlicher Integration und Diskriminierungsschutz erkennt auch das Unionsrecht an. Bereits die Freizügigkeits-Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 (die mit ihren Änderungen noch 2011 kodifiziert werden soll²⁸) sieht neben Rechten für Familienangehörige einen Diskriminierungsschutz insbesondere für das Mietrecht vor. *„Damit das Recht auf Freizügigkeit nach objektiven Maßstäben in Freiheit und Menschenwürde wahrgenommen werden kann, muss sich die Gleichbehandlung tatsächlich und rechtlich auf alles erstrecken, was mit der eigentlichen Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis und mit der Beschaffung einer Wohnung im Zusammenhang steht; ferner müssen alle Hindernisse beseitigt werden, die sich der Mobilität der Arbeitnehmer entgegenstellen, insbesondere in Bezug auf die Bedingungen für die Integration der Familie des Arbeitnehmers im Aufnahmeland.“*²⁹

c) Arbeitnehmerfreizügigkeit und das Grundrecht der Berufsfreiheit

Jenseits der Integrations- und Gleichbehandlungsfragen, auf die sich die Wanderarbeitnehmerkonvention konzentriert, hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit noch eine weitere menschenrechtliche Dimension. In der modernen Gesellschaft sichern die meisten Menschen ihre ökonomische Existenz durch Erwerbsarbeit. Die Erwerbsarbeitsgesellschaft ist noch lange nicht an ihrem Ende – im Gegenteil: „Erosionen“ bzw. Veränderungen des Normalarbeitsverhältnisses gehen zu einem guten Teil gerade auf die Verbreiterung der Erwerbsgesellschaft zurück, und diese hat eher zu einem Erstarken der normativen Kraft des Konzeptes der Erwerbsarbeit beigetragen.³⁰

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gehört zu den Rechten, die die materielle Basis der Existenzsicherung schützen – und ist

insofern Ausdruck eines sozialen Verständnisses, das von der Subsidiarität staatlicher Hilfe ausgeht. In Hinblick auf diese Subsidiarität trat z.B. der 68. Deutsche Juristentag im Jahre 2010 mit großer Mehrheit dafür ein, die abhängige Erwerbsarbeit durch einen einheitlichen, branchenunabhängigen Mindestlohn zu sichern.³¹ Das Prinzip der Selbstgestaltung sei ein Kennzeichen unserer Gesellschaftsordnung, das es nicht gestatte, dass ein Niedriglohnsektor die staatlichen Transferleistungen zum „Kombilohn“ mache.³²

Ob Einzelne ihre Existenz tatsächlich durch eigene Arbeit sichern können, ist zwar abhängig von den konkreten Marktbedingungen; ein Recht auf Arbeit im Sinne eines Anspruchs auf ein Arbeitsverhältnis gibt es insofern nicht. Dennoch ist die materielle Basis der Erwerbsarbeit rechtlich durch das Grundrecht der Berufsfreiheit auch für abhängig Beschäftigte geschützt. Es schützt über die freie Wahl des Arbeitsplatzes hinaus das Interesse des Arbeitnehmers an Bestandsschutz,³³ bei Arbeitslosigkeit sowie vor Diskriminierung. Solche subjektiven Rechte machen den Gehalt des „Rechts auf Arbeit“ aus, wie es im internationalen Recht,³⁴ aber auch in einigen deutschen Länderverfassungen³⁵ geregelt ist. Einen weiteren Aspekt betont z.B. die Hamburger Verfassung, die (in der Präambel) die „Arbeitskraft dem Schutz des Staates“ unterstellt. Die Verfassung des Landes Brandenburg bezeichnet es explizit als Gegenstand des „Rechts auf Arbeit“, „seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte Arbeit zu verdienen.“³⁶ Berufsausübungsfreiheiten gewährleisten insofern einzelnen Beschäftigten in aller Regel die Möglichkeit, die eigene Existenz durch Arbeit zu sichern. Diese Möglichkeit ist zwar durch ökonomische Zwänge des Arbeitsmarkts, aber nicht rechtlich beschränkt.³⁷

Die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV regelt insofern einen wichtigen Aspekt des Rechts auf Berufsausübung und Berufsfreiheit. Dieses Recht

²⁶ Spieß, Die Wanderarbeitnehmerkonvention der Vereinten Nationen, 2007 (S. 78 zu den Empfehlungen im Einzelnen).

²⁷ Spieß (a.a.O.), S. 43, dort auch zur Bedeutung von Art. 19 ESC.

²⁸ Siehe Vorschlag für eine Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, KOM (2010)204 endg.

²⁹ Verordnungsentwurf KOM (2010)204 endg, Erwägungsgrund 5.

³⁰ Zur Diskussion siehe z.B. Offe in: Matthes (Hrsg.), Krise der Arbeitsgesellschaft? Verhandlungen des 21. Deutschen Soziologentags in Bamberg 1982, 1983, S. 38 ff.

³¹ Siehe oben Fn. 1.

³² Vgl. Waltermann, NJW 2010, 801; ders., Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten für den 68. Deutschen Juristentag, 2010, vor allem unter B.II. und C.IV.

³³ Z.B. BVerfG 27.1.1998, BVerfGE 97, 169. Vgl. auch EuGH 4.7.2006 – C-212/04 (Adeneler): Grundsatz unbefristeter Arbeitsverträge; siehe jetzt auch Art. 30 Grundrechte-Charta der EU.

³⁴ Kömer, Das Internationale Menschenrecht auf Arbeit, 2004.

³⁵ Art. 13 I Berliner Verfassung; Art. 48 I der Verfassung des Landes Brandenburg; Art. 8 I und Art. 49 II Bremer Verfassung; Art. 24 I NRW-Verfassung; Art. 28 Abs. 2 Verfassung Hessen; Art. 166 Verfassung Bayern; Art. 45 Verfassung Saarland; Art. 53 Verfassung Rheinland-Pfalz; Art. 36 Verfassung Thüringen; Art. 17 I Verfassung Mecklenburg-Vorpommern, Art. 7 I Verfassung Sachsen, Art. 39 I Verfassung Sachsen-Anhalt.

³⁶ Art. 48 I der Verfassung des Landes Brandenburg; ähnlich Art. 49 II Bremer Verfassung und Art. 36 Thüringische Verfassung.

³⁷ Zum Schutzbereich des Art. 12 I GG insofern grundlegend BVerfG 7.2.1990, BVerfGE 81, 242. Siehe zuletzt wieder BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09 für das Betriebsübergangsrecht.

ist auch im Unionsrecht als Grundrecht gewährleistet. Der EuGH hatte es insbesondere in Entscheidungen zum Betriebsübergangsrecht anerkannt; das Sekundärrecht des Betriebsübergangs (Richtlinie 2001/23/EG) enthalte zwar kein Recht des Arbeitnehmers, dem Betriebsübergang zu widersprechen. Eine unbedingte Bindung an den Betriebsübernehmer „versteiße [jedoch] gegen Grundrechte des Arbeitnehmers, der bei der Wahl seines Arbeitgebers frei sein muß und nicht verpflichtet werden kann, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt hat.“³⁸ Dieses Recht ist nunmehr in Art. 15 der EU-Grundrechte-Charta ausdrücklich normiert; Abs. 2 sichert die gleichmäßige Anwendung unabhängig von der Art und dem Grad der Abhängigkeit der Beschäftigung.

3. Arbeitsvertragsrechtliche Konsequenzen aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Der EuGH will die Arbeitnehmerfreizügigkeit grundsätzlich sogar im Horizontalverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar angewandt sehen.³⁹ Damit darf auch der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur innerhalb gewisser Grenzen an sich binden.

a) Rückzahlung von Aus- und Weiterbildungskosten: EuGH „Olympique Lyon“

Das Verhältnis von Freizügigkeits- und Migrationsinteressen zu Arbeitgeberinteressen an der Bindung ist in der EuGH-Rechtsprechung im Kontext des Profi-Fußballs relevant geworden. Nachdem in „Bosman“ die Praxis der Ablösezahlungen für europarechtswidrig erklärt worden war, verlangten bzw. bezahlten die Ligen und Vereine stattdessen Ausbildungsentschädigungen. Denn der EuGH sah und sieht das Interesse, die Anwerbung und Ausbildung von Nachwuchsspielern zu fördern, grundsätzlich als legitimen Grund zur Beschränkung der Freizügigkeit. In der Entscheidung „Olympique Lyon“ hielt die Große Kammer des EuGH⁴⁰ jedoch auch diese geänderte Praxis nur mit Einschränkungen für zulässig.

Ausbildungsentschädigungen gibt es in unterschiedlichen Konstellationen in vielen Arbeitsverhältnissen. Allgemeine Arbeitsbedingungen enthalten nicht selten eine Pflicht der Arbeitnehmer/innen, Aus- und Weiterbildungskosten, die das Unternehmen getragen hatte, bei Beendigung der Vertragsbeziehung zurückzuzahlen. Die Generalanwältin Sharpston hatte in ihren Schlussanträgen zu „Olympique Lyon“ deshalb die Auffassung vertreten, die zu entwickelnden Grundsätze seien weitgehend auf Arbeitsverhältnisse außerhalb des Profisports zu übertragen.⁴¹

Ein Vergleich mit der Rechtslage im deutschen Recht kann zunächst aufzeigen, welche Rechtspositionen und Interessen hier aufeinander stoßen. Das BAG akzeptiert AGB-Klauseln, die Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Ausbildungskosten verpflichten, wenn diese im Wesentlichen zwei Voraussetzungen erfüllen: Rückzahlung nur bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Veranlassung des Arbeitnehmers sowie nach Durchführung einer Interessenabwägung:⁴²

Ein Arbeitgeber, der die Verantwortung für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses trägt, kann keine Fortbildungskosten zurück verlangen. Die Rückzahlungsverpflichtung hat damit die Funktion, das Interesse des Arbeitgebers zu schützen, die

durch den Arbeitnehmer erworbene Qualifikation möglichst langfristig nutzen zu können. Nur wenn der Arbeitgeber selbst überhaupt ein Interesse an der weiteren Nutzung der Qualifikation gezeigt hat, kommt eine Rückzahlung von Ausbildungskosten in Betracht – also nur im Fall von Eigenkündigungen des Arbeitnehmers oder berechtigter verhaltensbedingter Kündigungen des Arbeitgebers.

In einem zweiten Schritt verlangt das BAG sodann die Durchführung einer Abwägung zwischen den Vorteilen der Ausbildung für den Arbeitnehmer und den Kosten der Qualifizierungsmaßnahme für den Arbeitgeber. Dabei sei einerseits zu berücksichtigen, inwiefern der Arbeitnehmer die Qualifikation tatsächlich nutzen könne. Der Arbeitnehmer müsse einen „geldwerten Vorteil“ erlangt haben.⁴³ Auf der anderen Seite wird berücksichtigt, welche Mittel der Arbeitgeber für die Schulung aufgewandt hat. Je höher diese sind, desto länger dürfe der Arbeitnehmer mit Hilfe der Rückzahlungsverpflichtung mittelbar an das Unternehmen gebunden werden. Hier können in erster Linie die Kosten der Fehltag zu Buche schlagen, die der Arbeitnehmer wegen der Schulung nicht arbeitet. Nur bei besonders kostenintensiven Schulungen werden auch die Schulungsgebühren bei der Länge der Bindungsdauer berücksichtigt. So lässt sich die Abwägung durch die deutsche Rechtsprechung dahingehend zusammenfassen, dass die Dauer der Ausbildung gegen die Dauer der Bindung abgewogen werden müsse. Eine verhältnismäßig lange Bindung könne bei kürzerer Ausbildung gerechtfertigt sein, wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet oder die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringt.

Der EuGH vertritt im Vergleich dazu offensichtlich eine andere Risikoverteilung. Solche Entschädigungen – die fraglos die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränken – bedürfen einer Rechtfertigung mit zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses, wie z.B. der Anwerbung und Ausbildung von Nachwuchsspielern. Im Rahmen der dann im Anschluss stattfindenden Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist der EuGH nun darauf, dass die Erträge aus den Ausbildungsinvestitionen aleatorischen Charakter hätten, da die ausgebildeten Spieler später nur zum Teil eine Karriere als Berufsspieler einschlugen. Jedenfalls würden die Ausbildungskosten im Allgemeinen nur teilweise durch den Gewinn ausgeglichen, den der ausbildende Verein aus diesen Spielern während der Ausbildungszeit ziehen könne. Mit diesen Bemerkungen zur Legitimation der Rückzahlungsverpflichtung scheint es der EuGH als legitimes

³⁸ EuGH 16.12.1992 – C-132/91 (Katsikas); genauso EuGH 7.3.1996 – C-171/94 (Merckx und Neuhuys).

³⁹ EuGH 6.6.2000 – C-281/98 (Angonese); EuGH 16.3.2010 – C-325/08 (Olympique Lyonnais), Rn. 31.

⁴⁰ EuGH 16.3.2010 – C-325/08 (Olympique Lyonnais) im Anschluss an EuGH 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman).

⁴¹ Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 16.7.2009 – C-325/08, Rn. 30 f.

⁴² BAG 14.1.2009, AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; BAG 15.9.2009, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; siehe auch zur AGB-Inhaltskontrolle bei selbstständigen Handelsvertretern BAG 24.10.2002, AP Nr. 3 zu § 89 HGB.

⁴³ BAG 14.1.2009, AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe („sei es, dass bei seinem bisherigen Arbeitgeber die Voraussetzungen einer höheren Vergütung erfüllt sind oder sich die erworbenen Kenntnisse auch anderweitig nutzbar machen lassen“). Zuletzt BAG 19.1.2011 – 3 AZR 621/08 (PM).

Interesse des Arbeitgebers anzuerkennen, die Rentabilitätsrisiken der Ausbildungsinvestitionen jedenfalls für den Fall auf den Arbeitnehmer zu verlagern, dass der Spieler den Verein verlässt – unabhängig davon, auf wessen Veranlassung dies geschieht. Jedenfalls sah der EuGH es nicht als Problem an, dass es im vorliegenden Fall um das Auslaufen eines befristeten Beschäftigungsverhältnisses ging.

Eine Verlagerung der Kosten der Ausbildung auf den Arbeitnehmer auch für den Fall, dass er mit der Befristung bereits die Unsicherheit über den Ertrag der Ausbildungsinvestition zu tragen hat, lässt sich aber allenfalls mit den besonderen Bedingungen im Profisport rechtfertigen. Dort wird faktisch der spätere Verein die Kosten übernehmen. Entgegen der ursprünglichen Einschätzung der Generalanwältin⁴⁴ hält sich die Übertragbarkeit der entwickelten Grundsätze auf andere Arbeitsverhältnisse daher in Grenzen. Auf weniger spekulativen Arbeitsmärkten ist das aleatorische Risiko von Aus- und Weiterbildungsinvestitionen geringer. Es ist dann vom Arbeitgeber zu tragen, wenn dieser selbst auf die mögliche Nutzung des Ertrags verzichtet, indem er den Arbeitnehmer auf den Arbeitsmarkt verweist.

Im Fall „Olympique Lyon“ kam der EuGH im Ergebnis dennoch zu der Einschätzung, dass die gewählte Gestaltung nicht europarechtskonform gewesen sei. Denn er verlangt für die Rechtmäßigkeit einer Ausbildungsentschädigung, dass deren Höhe abhängig von den tatsächlichen Ausbildungskosten sei, bzw. umgekehrt: Die verlangte Entschädigung dürfe in der Höhe nicht unabhängig von den tatsächlichen Ausbildungskosten sein. Da bereits diese Voraussetzung im entschiedenen Fall nicht gegeben war, erübrigte sich eine weitere Konkretisierung. Diese wird für Arbeitsverhältnisse außerhalb des Profisports erforderlich sein. Denn dann wird es darauf ankommen müssen, inwieweit eine Aus- oder Fortbildung für die Tätigkeit in einem bestimmten Unternehmen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt verwertbar ist. Der Wert der Fortbildung kann dann nicht allein anhand der Kosten der Investition bestimmt werden.

b) Nachvertragliche Wettbewerbsverbote und andere Fragen

Auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote oder ähnlich wirkende Verschwiegenheitspflichten werfen Rechtsfragen der Freizügigkeit und Berufsfreiheit auf.

Im deutschen Recht sind die Grenzen nachvertraglicher Wettbewerbsverbote und Verschwiegenheitsgebote in § 110 GewO, §§ 74 ff. HGB markiert.⁴⁵ Interessenausgleich und Verhältnismäßigkeit sind detailliert geregelt: Ein Wettbewerbsverbot ist nur bis zu einer Länge von zwei Jahren (§ 74a Abs. 1 Satz 3 HGB) zulässig; aus Ausgleich für den Verlust der Beschäftigungschancen ist darüber hinaus eine Entschädigung zu leisten (§ 74 Abs. 2 HGB).

Meist werden Beschäftigte gerade im Tätigkeitsfeld des bisherigen Arbeitgebers qualifiziert sein und Berufserfahrung erworben haben. Schon deshalb stellt ein Wettbewerbsverbot nach Beendigung der Tätigkeit in der Regel eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit dar. Jedenfalls wenn ein Unternehmen selbst keine Beschäftigungssicherheit anbieten kann (und das Dienstverhältnis kündigt), muss es den Beschäftigten erlauben, „im Arbeitsverhältnis erworbenes Erfahrungswissen einschließlich der Kenntnis von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen“ sowie Netzwerke und Kundenkontak-

te für die eigene berufliche Entwicklung zu nutzen (vgl. § 75 Abs. 1 und 2 HGB).⁴⁶ Aber auch eine gesetzliche Regelung, die Wettbewerbsverbote darüber hinaus erlaubt, bedarf einer Rechtfertigung im Schutz mindestens gleichwertiger Interessen auf Seiten des Arbeitgebers.

Der 10. Senat des BAG hat insofern im vergangenen Jahr zu Recht die Frage gestellt, ob sogar im laufenden Arbeitsverhältnis der Wettbewerbsbezug nicht so eng zu fassen sei, dass er eine konkrete Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers voraussetze.⁴⁷ Das europäische Recht erklärt immerhin nach Art. 20 II b) der Richtlinie 86/653/EWG über selbstständige Handelsvertreter eine Wettbewerbsabrede nur dann für gültig, wenn und soweit sie „sich auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis sowie auf Warengattungen erstreckt, die gemäß dem Vertrag Gegenstand seiner Vertretung sind.“ Hier bedarf es sicher künftig weiterer Konkretisierungen.

4. Weitere Maßnahmen zur Verwirklichung der Freizügigkeit

Aktuell verfolgt die Europäische Kommission einige weitere Projekte zur Unterstützung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. So hat der Fachkräftemangel zu Überlegungen geführt, die legale Zuwanderung für Drittstaatsangehörige zu verbessern.⁴⁸ Die Kommission hat Richtlinienvorschläge vorgelegt, mit denen die Einreise und Aufenthalt von einerseits Saisonarbeitern und andererseits Führungs- und Fachkräften sowie Trainees im Rahmen einer konzerninternen Entsendung erleichtert werden sollen.⁴⁹

Von großer praktischer Bedeutung für die tatsächliche Verwirklichung der Freizügigkeit ist die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Zur Überarbeitung („Modernisierung“) der Richtlinie 2005/36/EG soll im Herbst 2011 ein Grünbuch und bereits 2012 ein Legislativvorschlag vorgelegt werden.⁵⁰ Unter den Bedingungen verstärkter Nutzung der Arbeitneh-

⁴⁴ Generalanwältin Sharpston, Schlussanträge vom 16.7.2009 – C-325/08, Rn. 30 f.

⁴⁵ Siehe z.B. BAG 19.5.1998, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Treuepflicht; BAG 15.6.1993, AP Nr. 40 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG 16.3.1982, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis. Siehe schon BVerfG 7.2.1990, BVerfGE 81, 242 zur Erforderlichkeit einer Karenzentschädigung. Das deutsche Recht unterscheidet insofern nicht zwischen selbstständigen und unselbstständig tätigen Beschäftigten.

⁴⁶ BAG 15.6.1993, BAGE 73, 229; zum entsprechenden US-amerikanischen Recht siehe Stone, From Widgets to Digits, 2004, S. 127 ff. S. 152.

⁴⁷ BAG (10. Senat) 24.3.2010, AP Nr. 141 zu Art. 12 GG (nur „unmittelbare Konkurrenztätigkeiten“, nicht „bloße Hilfstätigkeiten“); enger wohl BAG 28.1.2010, NZA-RR 2010, S. 461 ff.

⁴⁸ Siehe auch Strategischer Plan zur legalen Zuwanderung (KOM(2005) 669) zur Umsetzung des Haager Programms.

⁴⁹ Vorschlag für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Ausübung einer saisonalen Beschäftigung KOM (2010) 379 endg.; Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen einer konzerninternen Entsendung (KOM (2010) 378 endg. Der Gesetzentwurf einer kombinierten Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung für legale Migranten (KOM(2007)638) wurde allerdings im EP abgelehnt.

⁵⁰ Konsultationspapier vom 7.1.2011, MARKT.D. 4 D(2010).

merfreizügigkeit wird die Anerkennung noch stärkeren Einfluss auf die Bildungs- und Qualifizierungssysteme der Mitgliedstaaten haben müssen.

5. Zusammenfassung

Die binnenmarktbezogene Arbeitnehmerfreizügigkeit steht in einem funktionalen Zusammenhang mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit; diese Abgrenzungen können im Einzelfall große Unsicherheiten aufwerfen. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfasst aber auch die wirtschaftlichen Aspekte eines umfassenden Rechts auf Berufsfreiheit und ist insofern auch im Kontext der entsprechenden Grundrechte zu sehen. Mit den Entscheidungen zum Widerspruchsrecht beim Betriebsübergang sowie zur Rückzahlung von Ausbildungskosten ist der EuGH bereits die ersten Schritte zu einer inhaltlichen Konkretisierung dieses Rechts gegangen. Diesen fehlt es aber bei genauerem Hinschauen noch an einer angemessenen und umfassenden Interessenabwägung, die über die entschiedenen Fälle hinausweisen könnten. Die Berücksichtigung von Wertungen aus der Berufsfreiheit könnte und sollte die Rechtsentwicklung hier noch weiter vorantreiben.

Summary

The right to free movement for workers is closely connected to the internal market and the freedoms of establishment and services. Classifying and distinguishing between these rights is not always easy. Free movement of workers also comprises economic aspects of the fundamental right to engage in work,

choose his employer and to pursue a freely chosen or accepted occupation (Charter of fundamental rights of the European Union, Art. 15). In his decisions on the employees' right to object to a transfer of his employment relationship as well as in decisions on contractual obligations to pay compensation for training provided by the employer, the European Court of Justice has already taken first steps towards specifying the right to choose an employer. At closer look, however, an adequate and comprehensive balancing of interests is still being awaited – and should be backed up by a consideration of fundamental rights alongside economic rights.

Résumé

La libre circulation des travailleurs avec sa fonction de contribuer à la création du marché intérieur doit toujours d'être différenciée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services – ce qui n'est toujours pas du tout simple. La libre circulation des travailleurs comprend surtout des aspects économiques provenant des droits fondamentaux de travailler et d'exercer une profession (Art. 15, Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne). Avec les décisions sur le droit des travailleurs de s'opposer au transfert de sa relation de travail ou la décision sur les obligations contractuelles à dédommager l'employeur pour une formation, le Cour de justice de l'Union a déjà tenté le coup de concrétiser ce droit fondamental. À deuxième vue, toutefois, une raisonnable balance globale des intérêts en cause n'existe pas encore. À cette fin, il faudrait notamment une considération des droits fondamentaux plutôt que des droits justement économiques.

Europäisches Arbeitsrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union im Jahre 2010

Professor Dr. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown), Freiburg i. Br.

I. Einleitung

Das europäische Arbeitsrecht setzt sich aus heterogenen Untergebieten zusammen. Der folgende Rechtsprechungsüberblick stellt den unionsrechtlichen Arbeitnehmerschutz in seinen Mittelpunkt. Aus Raumgründen können nicht sämtliche Urteile berücksichtigt werden.¹ Insgesamt ausgeklammert wird die Arbeitnehmerfreizügigkeit.² Urteile zu anderen Grundfreiheiten,³ die Auswirkungen auf den Arbeitnehmerschutz haben, sind 2010 nicht ergangen. Eine außerhalb des Arbeitsrechts liegende Entscheidung könnte erhebliche allgemeine Bedeutung erlangen: In Rs. C-341/08 – „Petersen“ wendet der EuGH die Gleichbehandlungsrahmen-RL 2000/78 auf die Höchstaltersgrenze für die Kassenzulassung eines Vertragszahnarztes trotz Selbständigkeit der betroffenen Person an. Die hinter dieser Sicht stehende Haltung schlägt sich auch in arbeitsrechtlich näheren Sachverhalten nieder und ist in einem der besprochenen Urteile⁴ relevant geworden.

¹ EuGH 1.7.2010, Rs. C-194/08, *Gassmayr*; EuGH 1.7.2010, Rs. C-471/08, *Parviainen* (beide Mutterschutz; Höhe Mutterschaftsgeld).

² Dazu im Berichtszeitraum: EuGH 16.3.2010, Rs. C-325/08, *Olympique Lyonnais* (Berufsfußball); EuGH 15.4.2010, Rs. C-542/08, *Barth* (Verjährungsfrist für Ansprüche, die Arbeitnehmer unter Verstoß gegen Unionsrecht vorenthalten wurden); EuGH 21.10.10, Rs. C-546/07, *Kommission/Deutschland* (Entsendung von Arbeitnehmern).

³ Dazu im Berichtszeitraum: EuGH 14.1.2010, Rs. C-343/08, *Kommission/Tschechien* (Institutionelle Fragen der betrieblichen Altersvorsorge – Fehlen solcher Einrichtungen); EuGH 15.7.2010, Rs. C-271/08, *Kommission/Deutschland* (Direktvergabe von Verträgen der betrieblichen Altersvorsorge ohne unionsweite Ausschreibung).

⁴ Rs. C-232/09 „Danosa“.