

Europäisches Zivilrecht

Gebauer / Wiedmann

3. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-76588-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

chen Organen oder aber privaten Organisationen erlassen. Würde daher das Diskriminierungsverbot nur für staatliche Maßnahmen gelten, bestünde die Gefahr, dass es nicht einheitlich angewandt würde.⁵⁶ Es folgte ein weiterer entscheidender Satz, der bereits über den konkreten Fall hinaus wies: „Wegen seines zwingenden Charakters ist das Diskriminierungsverbot bei der Prüfung sämtlicher Rechtsbeziehungen zu beachten, die aufgrund des Ortes, an dem sie entstanden sind oder an dem sie ihre Wirkungen entfalten, einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft aufweisen.“⁵⁷

In der Zwischenzeit hat der Gerichtshof die horizontale Direktwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit mehrfach bestätigt.⁵⁸ Die Urteile betrafen zunächst die Statuten anderer Sportverbände, (**Dona**, 1976),⁵⁹ **Bosman** (1996),⁶⁰ **Lehtonen** (2000)⁶¹ und **Olympique Lyonnais** (2010)⁶², dann aber auch allgemeine Versicherungsbedingungen einer deutschen Versicherungsgesellschaft (**Haug-Adrion**, 1983)⁶³ sowie einen Tarifvertrag zwischen British Airways und einer deutschen Gewerkschaft (**Casteels**, 2011)⁶⁴ oder eine diskriminierende Gehaltsberechnung eines Unternehmens (**Erny**, 2012).⁶⁵ Die Anwendung von Art. 45 AEUV auf kollektive Regelungen, etwa von Berufsverbänden, fand noch überwiegend Zustimmung.⁶⁶ Demgegenüber sorgte ihre Ausdehnung auf individuelle Arbeitsvereinbarungen in der Fachwelt für Aufsehen und heftige Kritik.⁶⁷

Ihren Ausgang nahm die umstrittene Rechtsprechung in der berühmten **Entscheidung Angonese**.⁶⁸ 21 Im Ausgangsfall bewarb sich ein italienischer Staatsangehöriger bei einer Bank in Bozen. In ihrer Stellenausschreibung setzte die Bank Zweisprachigkeit voraus und verlangte zum Nachweis dafür eine Bescheinigung der öffentlichen Verwaltung in Bozen. Der EuGH sah darin eine nach Art. 45 AEUV verbotene (versteckte) Diskriminierung, weil der Nachweis der Zweisprachigkeit durch eine Bescheinigung Bozener Behörden den Einwohnern dieser Provinz leichter falle als Bewerbern von anderswo.⁶⁹ Der Fall drängte sich nicht für eine Grundsatzentscheidung auf, weil die Anwendung von Art. 45 AEUV schon wegen des zweifelhaften grenzüberschreitenden Bezugs fraglich war.⁷⁰ Dennoch sah der EuGH die Zeit für eine grundlegende Klarstellung gekommen. Das in der Vorschrift ausgesprochene Diskriminierungsverbot sei, so hob er an, „allgemein formuliert“ und richte „sich nicht speziell an die Mitgliedstaaten“. Sodann wiederholte er nahezu wörtlich die Argumente seiner Entscheidung Walrave und Koch (→ Rn. 19): Das Diskriminierungsverbot gelte nicht nur für staatliche Akte, sondern auch für kollektive Regelungen im Arbeitsbereich, weil anders die einheitliche Geltung des Verbots in den Mitgliedstaaten nicht gewährleistet sei.⁷¹

Schließlich entwickelte der Gerichtshof die Argumentation weiter in Richtung Individualverträge, indem er auf das Diskriminierungsverbot beim Arbeitsentgelt für Männer und Frauen verwies.⁷² Obwohl Art. 157 AEUV (damals Art. 119 EGV) ausdrücklich die Mitgliedstaaten anspreche, gelte das Diskriminierungsverbot doch unmittelbar auch für Tarifverträge und für „alle Verträge zwischen Privatpersonen“.⁷³ Der Gerichtshof zieht daraus einen auch für die Grundfreiheiten geltenden Schluss: Diese Erwägungen müssten „erst recht“ für Art. 45 AEUV gelten, „in dem eine Grundfreiheit formuliert wird und der eine spezifische Anwendung“ des in Art. 18 AEUV „ausgesprochenen allgemeinen Diskriminierungsverbots darstellt“. Wie Art. 157 AEUV solle auch Art. 45 AEUV „eine nichtdiskriminierende Behandlung auf dem Arbeitsmarkt gewährleisten“. Das Verbot „gilt somit auch für Privatpersonen“.⁷⁴

Über die Tragweite der Entscheidung Angonese für individuelle Abreden unter Privaten wurde lange gestritten.⁷⁵ Dann wurde sie in der Entscheidung **Raccanelli** acht Jahre später mit gleichlautender Begründung bestätigt.⁷⁶ Das Arbeitsgericht Bonn hatte die Frage noch einmal aufgeworfen, weil es Zweifel hegte, ob Art. 45 AEUV auch für einen privaten Verein wie die Max-Planck-Gesellschaft und eine zwischen ihm und einem italienischen Doktoranden getroffene Vereinbarung gelte. Das Arbeitsgericht musste

⁵⁶ EuGH C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140 Rn. 16, 19 – Walrave.

⁵⁷ EuGH C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140 Rn. 28, 29 – Walrave (hervorgehoben auch als Ls. 5).

⁵⁸ Eine ausführliche Analyse dieser Entscheidungen findet sich bei: *van Leuken*, Private Law and the Internal Market. Direct horizontal effect of the Treaty Provisions on the Free Movement, 2017, S. 64 ff.

⁵⁹ EuGH 13/76, ECLI:EU:C:1976:115 Rn. 18 – Dona.

⁶⁰ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 – Bosman.

⁶¹ EuGH C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201 – Lehtonen.

⁶² EuGH C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 – Olympique Lyonnais.

⁶³ EuGH 251/83, ECLI:EU:C:1984:397 Rn. 14 – Haug-Adrion.

⁶⁴ EuGH C-379/09, ECLI:EU:C:2011:131 – Casteels.

⁶⁵ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 – Erny.

⁶⁶ Vgl. *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 (465); *Jaensch*, Drittwirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 285.

⁶⁷ *Streinz/Franzen* AEUV Art. 45 Rn. 95.

⁶⁸ EuGH C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese.

⁶⁹ Kritisch dazu: *Streinz/Leible* EuZW 2000, 459 ff.

⁷⁰ Der Generalanwalt kam zu dem Schluss, dass es sich um einen rein internen Sachverhalt handelte und die Arbeitnehmerfreizügigkeit darum nicht anwendbar sei; auf die Vorlagefrage ging er daher nur kurz ein – für den aus seiner Sicht hypothetischen Fall der Anwendbarkeit von Art. 45 AEUV: *GA Fenelly*, *Schla C-281/98*, ECLI:EU:C:1999:583 Rn. 27, 28 – Angonese.

⁷¹ EuGH C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 Rn. 30 ff. – Angonese.

⁷² Unter Bezug auf EuGH 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 Rn. 31, 39 – Defrenne.

⁷³ EuGH C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 Rn. 34 – Angonese.

⁷⁴ EuGH C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 Rn. 36 – Angonese.

⁷⁵ Vgl. *Birkemeyer* EuR 2010, 662 ff.

⁷⁶ EuGH C-94/07, ECLI:EU:C:2008:425 Rn. 41 – Raccanelli; *EuGH EuZW* 2008, 529 mAnm *Repasi*; *Birkemeyer* EuR 2010, 662 ff.

darüber entscheiden, ob Herr Raccanelli gegenüber deutschen Doktoranden diskriminiert worden war, weil er anders als diese für seine Doktorarbeit nicht die Wahl hatte zwischen einem Stipendium und einem finanziell interessanteren Arbeitsvertrag. Der EuGH hielt die Frage der Anwendbarkeit von Art. 45 AEUV auf private Vereinbarungen für bereits geklärt und beschied ohne Hinzuziehung eines Generalanwalts, dass ein privatrechtlicher Verein wie die Max-Planck-Gesellschaft gegenüber Arbeitnehmern das Diskriminierungsverbot beachten müsse.

- 24 Indes waren auch damit noch nicht alle Zweifel ausgeräumt, wie sich in der Rechtssache **Erny** zeigte. Der Kläger im Ausgangsverfahren, ein Franzose, schloss mit der Daimler AG einen Vertrag über Altersteilzeit. Sein Arbeitgeber legte bei der Berechnung des Gehalts pauschal eine Methode zugrunde, welche die deutsche Lohnsteuer berücksichtigte. Weil der Kläger aber in Frankreich wohnte und Steuern zahlte, führte die Berechnungsmethode bei ihm zu einem geringeren Gehalt als bei vergleichbaren deutschen Arbeitnehmern. Das angerufene Arbeitsgericht fragte den EuGH, ob der Arbeitsvertrag gegen Art. 45 AEUV verstoße. Der Gerichtshof verwies dazu auf seine Entscheidung Raccanelli und führte nur knapp aus, das Diskriminierungsverbot des Art. 45 AEUV gelte nicht nur für staatliche Akte, sondern auch für Tarifverträge sowie für „alle Verträge zwischen Privatpersonen“.⁷⁷ In dem Altersteilzeitvertrag sah er eine nicht gerechtfertigte (indirekte) Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, weil die Gehaltberechnungsmethode der Daimler AG ungleiche Sachverhalte gleich behandelte. In der Rechtssache **A** fragte ein dänisches Gericht ganz direkt, ob Art. 45 AEUV unmittelbare Wirkung zwischen Privaten habe. Es ging in diesem Fall allerdings um eine gesetzliche Regelung im Zusammenhang mit Entschuldungsverfahren. Der EuGH hielt die Regelung für unvereinbar mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit und beschied, sie dürfe daher nicht angewendet werden, selbst wenn sich dadurch die Rechtsstellung von Privatpersonen nachteilig ändere.⁷⁸ Insofern bestätigte die Entscheidung lediglich, was im Grunde selbstverständlich ist, dass alle staatlichen Regelungen den Grundfreiheiten Rechnung tragen müssen.
- 25 Die Anwendung von Art. 45 AEUV auf „alle Verträge zwischen Privatpersonen“ kann damit als ständige Rechtsprechung gelten. Wie die Urteile zeigen, betrifft die horizontale Direktwirkung nicht nur Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern **auch unterschiedslos geltende Beschränkungen** der Arbeitnehmerfreizügigkeit.⁷⁹ Beispiele sind die Entscheidungen *Bosman*,⁸⁰ *Lehtonen*,⁸¹ *Olympique Lyonnais*⁸² oder *Casteels*.⁸³ Letztere Entscheidung betraf einen Tarifvertrag zwischen British Airways (BA) und einer deutschen Gewerkschaft, der gegen Art. 45 AEUV verstieß, weil er bei der Berechnung einer Zusatzpension nicht die Dienstzeiten in einer BA-Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat berücksichtigte.

IV. Schranken in den Grundrechten

- 26 **1. Abwägung der jeweiligen Rechte.** Die Arbeitnehmerfreizügigkeit findet ihre Schranken in den europäischen Grundrechten wie sie namentlich die Charta der Grundrechte der EU garantiert.⁸⁴ Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie deren Organisationen können sich insbesondere auf die Tarifautonomie oder das Streikrecht berufen (Art. 28 GRCh). Wenn die Arbeitnehmerfreizügigkeit mit Grundrechten kollidiert, müssen **die jeweils geschützten Rechte** unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes **in Einklang gebracht** werden.⁸⁵
- 27 **2. Privat- und Tarifautonomie als Schranken der Arbeitnehmerfreizügigkeit?** Die Bindung Privater an Grundfreiheiten soll nach verbreiteter Auffassung ihre Schranken vor allem in der **Privatautonomie** finden.⁸⁶ Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, inwieweit die Privat- oder Tarifautonomie die Arbeitnehmerfreizügigkeit tatsächlich einschränken kann. Können sich private Arbeitgeber letztlich mit Erfolg auf unternehmerische Freiheiten, etwa auf die Vertragsfreiheit, oder die Tarifautonomie berufen, wenn sie gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoßen (zB wenn ihre Tarif- oder Einzelarbeitsverträge ausländerdiskriminierende Bestimmungen enthalten)?⁸⁷

⁷⁷ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 – Erny.

⁷⁸ EuGH C-716/17, ECLI:EU:C:2019:598 Rn. 14, 39 – A.

⁷⁹ Vgl. *van Leuken*, Private Law and the Internal Market. Direct horizontal effect of the Treaty Provisions on the Free Movement, 2017, S. 63 ff.

⁸⁰ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 – Bosman.

⁸¹ EuGH C-176/96, ECLI:EU:C:2000:201 – Lehtonen.

⁸² EuGH C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143 – Olympique Lyonnais.

⁸³ EuGH C-379/09, ECLI:EU:C:2011:131 – Casteels.

⁸⁴ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 50 – Erny; C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 Rn. 93 – Laval; vgl. auch EuGH C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 Ls. 2 – Viking Line (Niederlassungsfreiheit); C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972 Rn. 63 – AGET Iraklis (Niederlassungsfreiheit); vgl. *van Leuken*, Private Law and the Internal Market. Direct horizontal effect of the Treaty Provisions on the Free Movement, 2017, S. 145 ff.; *Wöllenschläger* EuZW 2014, 577 ff.; *Nouak* FS Peter-Christian Müller-Graf, 2015, 451 ff.; *Ludwigs/Weidemann* Jura 2014, 152 (164).

⁸⁵ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 50 – Erny; noch deutlicher ausgesprochen in: C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 Rn. 93, 94 – Laval; C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 Rn. 46 – Viking Line.

⁸⁶ Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff* AEUV Art. 45 Rn. 169; *EuArbRK/Steinmeyer* AEUV Art. 45 Rn. 84; *Langenbacher PrivatR-/WirtschaftsR/Herresthal* § 2 S. 124; *Streinz/Franzen* AEUV Art. 45 Rn. 95 f.; *Müller-Graf* EuR 2014, 18 f. (wonach dies allerdings nicht für Diskriminierungen von Arbeitnehmern aufgrund der Staatsangehörigkeit gelten soll).

⁸⁷ Die Frage stellte sich in EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 49 – Erny.

Die Union achtet, so steht es in Art. 152 AEUV, die Autonomie der Sozialpartner. Darüber hinaus sind die Vereinigungsfreiheit (Art. 12 GRCh), die Berufsfreiheit (Art. 15 GRCh), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh) oder das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28 GRCh) **in der Grundrechtecharta** ausdrücklich anerkannt. Freilich unterliegen diese Grundrechte sehr umfassenden Beschränkungsmöglichkeiten.⁸⁸ Namentlich die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRCh), zu der die Vertragsfreiheit und der freie Wettbewerb gehören,⁸⁹ aber auch das Koalitions- und Streikrecht (Art. 28 GRCh) werden nur „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“; nach der Rechtsprechung unterliegt die unternehmerische Freiheit außerdem Schranken „im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion“ und kann „einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden“, „die im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken können“.⁹⁰

Vor allem aber ist das Unionsrecht als Maßgabe für privatautonomes Handeln nahezu immer zwingendes Recht und beansprucht nach der *effet utile* Doktrin volle und umfassende Geltung (→ Kap. 3 Rn. 19). Unter diesen Voraussetzungen wird man nicht annehmen können, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit, eine Grundfreiheit, ohne Weiteres Einschränkungen aufgrund der Privat- oder Tarifautonomie unterliegen könnten. Sie gehört nicht nur zu den Fundamentalnormen des Vertrages.⁹¹ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit beinhaltet in erster Linie ein **Verbot der Diskriminierung** aufgrund der Staatsangehörigkeit, was Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen betrifft.⁹² Die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote aber drängen die Privatautonomie generell zurück. Deutlich kommt dies auch im Sekundärrecht zum Ausdruck: So folgt das Verbot ausländerdiskriminierender Bestimmungen „in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen“ schon unmittelbar aus Art. 7 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (→ Rn. 10). Auch viele andere Diskriminierungsverbote wenden sich an Private.⁹³ Das gilt für das Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, wie es aus der Richtlinie 2000/78/EG über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf folgt.⁹⁴ Ferner verbietet die Richtlinie 2000/43/EG⁹⁵ „in öffentlichen und privaten Bereichen“ Diskriminierungen von Arbeitnehmern aufgrund der Rasse und ethnischen Herkunft. Das gilt namentlich für die Auswahl- und Einstellungsverfahren, Berufsberatung und –ausbildung, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, die Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmerorganisation, Sozialschutz und soziale Vergünstigungen (Art. 3 Richtlinie 2000/43/EG). Schließlich verbietet Art. 157 AEUV Arbeitgeber, Männer und Frauen beim Arbeitsentgelt zu diskriminieren,⁹⁶ und darüber hinaus die Richtlinie 2006/54/EG⁹⁷ Geschlechterdiskriminierungen im Arbeitsleben ganz allgemein. Die unionsrechtlichen **Diskriminierungsverbote beschränken damit die Privatautonomie im Arbeitsleben** in sehr umfassendem Sinne.⁹⁸ Sie erlauben Diskriminierungen weder aufgrund der Staatsangehörigkeit noch anderer Gesichtspunkte. Ausnahmen davon sind im Sekundärrecht gar nicht vorgesehen oder nur unter sehr restriktiven Bedingungen gerechtfertigt und begründungsbedürftig.⁹⁹

Vor diesem Hintergrund ist die Abwägung zwischen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Privat- oder Tarifautonomie im Einzelfall vorzunehmen. Die Berufung auf die **Privat- oder Tarifautonomie allein** kann jedenfalls noch keine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen. Eine gegen Art. 45 AEUV verstößende Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist eben nicht schon deswegen gerechtfertigt, weil sie auf dem freien Willen beider Parteien beruht.¹⁰⁰ Denn sonst liefe die horizontale Direktwirkung der Vorschrift weitgehend leer.¹⁰¹ Kein Arbeitgeber und keine Tarifvereinbarung können sich über Fundamentalnormen des Vertrages wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit hinwegsetzen, ohne dass besondere Gründe dies rechtfertigten. Vielmehr ist es nach Art. 45 AEUV auch privaten Unternehmen

⁸⁸ Vgl. *Basedow* in *Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Bitburger Gespräche*, 2008, S. 89 ff.; dort insbesondere auch zur Anerkennung der Privatautonomie durch die europäischen Gerichte, S. 93 ff.; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 4. Aufl. 2016, S. 106 ff.

⁸⁹ EuGH C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 Rn. 28 – *Lidl*; *Calliess/Ruffert/Ruffert GRCh Art. 16 Rn. 2*.

⁹⁰ EuGH C-134/15, ECLI:EU:C:2016:498 Rn. 30, 34 – *Lidl*.

⁹¹ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 78, 93 – *Bosman*.

⁹² EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 35, 36 – *Erny*.

⁹³ Vgl. zur horizontalen Direktwirkung der Richtlinien: *Calliess/Ruffert/Epiney AEUV Art. 19 Rn. 15*; *Streinz/Streinz AEUV Art. 19 Rn. 25, 26*.

⁹⁴ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

⁹⁵ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

⁹⁶ EuGH C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56 Rn. 16, 20 – *Defrenne II*.

⁹⁷ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

⁹⁸ Allerdings steht in Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2000/78/EG: „Diese Richtlinie berührt nicht die Vereinigungsfreiheit, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.“

⁹⁹ Vgl. Art. 6 der Richtlinie 2000/78/EG über die Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf; Art. 4 der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft.

¹⁰⁰ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 51 – *Erny*; C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 81 – *Bosman*.

¹⁰¹ Vgl. *van Leuken*, *Private Law and the Internal Market. Direct horizontal effect of the Treaty Provisions on the Free Movement*, 2017, S. 155.

verboten, Wanderarbeitnehmer hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen anders zu behandeln als inländische Arbeitnehmer, sofern es dafür keine sachlichen, mit dem Vertrag vereinbaren Gründe gibt (→ Rn. 59 ff.).¹⁰²

- 31 **3. Der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRCh).** Nach Art. 7 GRCh hat jede Person das Recht auf die Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. Im Hinblick auf dieses Grundrecht können m. E. Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im engeren privaten und familiären Bereich von der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausgenommen werden: Wer eine **private Haushaltshilfe oder Pflegekraft** einstellen will, ist nicht von EU-Rechts wegen gezwungen zu rechtfertigen, warum er direkt oder indirekt nach der Staatsangehörigkeit diskriminiert. Er darf ohne weitere Begründung etwa nur Bewerber berücksichtigen, die aus einem bestimmten Land kommen oder auch seine Sprache (bis hin zum Dialekt) beherrschen.
- 32 Der Vorrang des Privat- und Familienlebens vor der Arbeitnehmerfreizügigkeit lässt sich sowohl aus dem **Wortlaut** als auch dem **Sinn und Zweck der Vorschriften** herleiten. Während Art. 45 AEUV Einschränkungen der Grundfreiheit vorsieht, unterliegt Art. 7 GRCh keinem ausdrücklichen Vorbehalt. Darin unterscheidet sich das Grundrecht im Übrigen auch von anderen, etwa die Privatautonomie schützenden Grundrechten. Dem Privat- und Familienleben kommt damit ein besonders hoher Wert zu. Es entzieht sich den Regularien des Binnenmarktes. Der Grund liegt darin, dass der Binnenmarkt zwar den Verzicht auf Binnengrenzen erfordert, nicht aber auf die Privatsphäre der Bürger.
- 33 Auch der **europäische Gesetzgeber** hat im Zusammenhang mit Diskriminierungsverboten dem Privat- und Familienleben Vorrang eingeräumt. So hat er den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG¹⁰³ und 2004/113/EG¹⁰⁴ zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder des Geschlechts nicht auch auf das Privatleben erstreckt.¹⁰⁵ Beide Richtlinien verbieten Diskriminierungen bei der „Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“, aber nur bei solchen, „die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“;¹⁰⁶ bzw. solche, die „der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“.¹⁰⁷ Allerdings treffen die Richtlinien 2000/43/EG und 2004/113/EG eine Unterscheidung: Sie nehmen Rücksicht auf den Privatbereich, was Güterversorgung und Dienstleistungen betrifft, nicht aber in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Ebenso wenig sehen die speziell die Beschäftigung und Beruf betreffende Verordnung (EU) Nr. 492/2011 sowie die Richtlinien 2000/78/EG und 2006/54/EG (→ Rn. 29) Vorbehalte im Privatbereich vor. Diese Unterscheidung ist wenig überzeugend. Das Privat- und Familienleben verdient in Arbeitsverhältnissen nicht weniger Schutz als im Warenhandel und bei Dienstleistungen.
- 34 **4. Sonstige Grundrechte.** Als Schranken von Art. 45 AEUV kommt auch das nach Art. 28 GRCh geschützte **Streikrecht** in Betracht.¹⁰⁸ Im Zusammenhang anderer Grundfreiheiten standen zur Abwägung die Menschenwürde,¹⁰⁹ die Meinungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 11 und 12 GRCh)¹¹⁰ sowie der Schutz von Kindern (Art. 24 Abs. 1 GRCh).¹¹¹

V. Gewährleistungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit

- 35 **1. Abschaffung unterschiedlicher Behandlung (Art. 45 Abs. 2 AEUV).** Art. 45 Abs. 2 AEUV verbietet in erster Linie Diskriminierungen von Wanderarbeitnehmern („Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung“): Wanderarbeitnehmer dürfen nicht ohne legitimen Grund anders behandelt werden als inländische Arbeitnehmer. Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt das Diskriminierungsverbot, dass gleiche Sachverhalte nicht ungleich und ungleiche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden.¹¹² Verboten ist zunächst jede **offene (unmittelbare) Diskriminierung**,

¹⁰² EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 48 – Erny; C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 81 – Bosman; Zum Verhältnis zwischen Privatautonomie und europäischen Diskriminierungsverboten: Zoppel, Europäische Diskriminierungsverbote und Privatrecht, 2015, S. 201.

¹⁰³ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

¹⁰⁴ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

¹⁰⁵ Vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft und Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2004/113/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, wonach im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt werden muss.

¹⁰⁶ Art. 3 lit. h der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft.

¹⁰⁷ Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

¹⁰⁸ EuGH C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 Rn. 95 – Laval.

¹⁰⁹ EuGH C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 Rn. 34 – Omega Spielhallen.

¹¹⁰ EuGH C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 Rn. 81 ff. – Schmidberger.

¹¹¹ EuGH C-244/06, ECLI:EU:C:2008:85 Rn. 41, 42 – Dynamic Medien.

¹¹² EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 40 – Erny.

die allein wegen der Staatsangehörigkeit erfolgt. Das ist der Fall, wenn bestimmte Tätigkeiten nur von den eigenen Staatsangehörigen ausgeübt werden dürfen.¹¹³

Aber auch alle **versteckten (mittelbaren) Formen der Diskriminierung** fallen unter Art. 45 Abs. 2 AEUV. Das sind solche, die nach anderen Merkmalen als der Staatsangehörigkeit unterscheiden, tatsächlich aber zu demselben Ergebnis führen.¹¹⁴ Wörtlich der EuGH: „Eine Vorschrift des nationalen Rechts oder eine vertragliche Bestimmung ist, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbar diskriminierend anzusehen, wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt ... Um eine Maßnahme als mittelbar diskriminierend qualifizieren zu können, muss sie nicht bewirken, dass alle Inländer begünstigt werden oder dass unter Ausschluss der Inländer nur die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten benachteiligt werden“.¹¹⁵

In der Praxis traten versteckte Ungleichbehandlungen etwa zutage, wenn bestimmte Vorteile leichter von Inländern als von Ausländern zu erlangen waren. Dies ist typischerweise dann der Fall, wenn die Vorteile von einem **Wohnsitz im Inland**¹¹⁶ oder aber der Beherrschung der dortigen **Sprache** abhängen.¹¹⁷ Umgekehrt stellt es eine indirekte Diskriminierung dar, wenn Nachteile durch eine Beschäftigung im Ausland entstehen, etwa weil frühere Beschäftigungszeiten in anderen Mitgliedstaaten bei Auswahlverfahren zur Besetzung von Stellen nicht berücksichtigt werden.¹¹⁸ Aus dem Umstand allein, dass in einem Mitgliedstaat überwiegend dessen Staatsangehörige leben, kann freilich keine versteckte oder mittelbare Diskriminierung gefolgert werden.¹¹⁹

2. Allgemeines Beschränkungsverbot. Der EuGH versteht Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht nur als Diskriminierungsverbot. Die **Bosman-Entscheidung** gab ihm Anlass, seine Rechtsprechung zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu übertragen und auch diese zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot weiterzuentwickeln. Danach verbietet die Vorschrift nicht nur Diskriminierungen, sondern schlechterdings alle „Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen“.¹²⁰ Beschränkungen iSv Art. 45 AEUV sind insbesondere auch alle Maßnahmen, die Arbeitnehmer „benachteiligen könnten, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben wollen“.¹²¹ In späteren Entscheidungen findet sich die inzwischen klassische, für alle Grundfreiheiten geltende Formulierung, wonach Art. 45 AEUV jeder Maßnahme entgegensteht, „die geeignet ist, die Ausübung der durch diese Vorschrift garantierten Grundfreiheit durch die Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“.¹²² Nach Art. 45 AEUV verboten sind auch unbedeutende Einschränkungen.¹²³

Nachdem vieles geeignet sein kann, die Mobilität von Arbeitnehmern und ihrer Angehörigen „weniger attraktiv“ zu machen, stellte sich in der Praxis die Frage nach den **Grenzen des Verbots**. In der Rechtssache Bosman wurde die Keck-Rechtsprechung zur Eingrenzung der Warenverkehrsfreiheit ins Feld geführt. Die umstritten Transferregelungen für Spieler, wonach ein Vereinswechsel nur gegen Zahlungen an den

¹¹³ EuGH C-474/12, ECLI:EU:C:2014:2139 Rn. 29 – Schiebel Aircraft GmbH (das Gewerbe des Handels mit militärischen Waffen und militärischer Munition durften in Österreich nur Österreicher ausüben); C-283/99, ECLI:EU:C:2001:307 Rn. 18 – Kommission/Italien (private Sicherheitsdienste durften nur durch italienische Unternehmen mit italienischen Wachleuten erbracht werden); C-167/73, ECLI:EU:C:1974:35 Rn. 34 – Kommission/Frankreich (französische Seefahrer – auf französischen Schiffen muss sich die Besatzung im Verhältnis drei zu eins aus französischen Staatsangehörigen zusammensetzen).

¹¹⁴ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 39 – Erny.

¹¹⁵ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 41 – Erny; C-400/02, ECLI:EU:C:2004:537 Rn. 23 – Merida.

¹¹⁶ EuGH C-802/18, ECLI:EU:C:2020:269 Rn. 56 – Caisse pour l'avenir des enfants; C-350/96, ECLI:EU:C:1998:205 Rn. 27–30 – Clean Car (Wohnsitzerfordernis für Geschäftsführer); C-355/98, ECLI:EU:C:2000:113 Rn. 31 – Kommission/Belgien (Wohnsitzerfordernis für die Führungskräfte und das Personal von Bewachungsunternehmen); C-269/07, ECLI:EU:C:2009:527 Rn. 80 – Kommission/Deutschland (Förderung von Wohnraum im Inland); C-57/96, ECLI:EU:C:1997:564 Rn. 45, 46 – Meints (Wohnsitz im Inland als Bedingung für soziale Vergünstigung – unvereinbar mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Rn. 51); 152/73, ECLI:EU:C:1974:13 Rn. 11 – Sotgiu; C-138/02, ECLI:EU:C:2004:172 Rn. 65 – Collins. Vgl. aber Tendenzen in der neueren Rechtsprechung, die das Wohnsitzerfordernis nicht als versteckte Diskriminierung, sondern als allgemeine Beschränkung ansieht: EuGH C-379/11, ECLI:EU:C:2012:798 Rn. 42 – Caves Krier Frères; C-461/11, ECLI:EU:C:2012:704 Rn. 32 – Radziejewski.

¹¹⁷ Das Erfordernis von Sprachkenntnissen stellt allerdings keine indirekte Diskriminierung dar, wenn die Kenntnisse „in Anbetracht der Besonderheit der zu vergebenden Stelle“ notwendig sind, vgl. Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union. Allerdings darf der Nachweis nicht vom Erwerb der Kenntnisse in einem bestimmten Mitgliedstaat abhängig sein: EuGH C-379/87, ECLI:EU:C:1989:599 Rn. 23 – Groener (Kenntnisse einer Amtssprache eines Mitgliedstaates). Ebenso wenig darf der Nachweis von einer Bescheinigung einer bestimmten Einrichtung oder Behörde abhängig sein: EuGH C-317/14, ECLI:EU:C:2015:63 Rn. 35 – Kommission/Belgien; C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 Rn. 46 – Angonese.

¹¹⁸ EuGH C-419/92, ECLI:EU:C:1994:62 Rn. 11 – Scholz.

¹¹⁹ EuGH C-437/17, ECLI:EU:C:2019:193 Rn. 24 ff. – EurothermenResort.

¹²⁰ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 96 (zur Begründung: Rn. 97) – Bosman.

¹²¹ EuGH C-317/14, ECLI:EU:C:2015:63 Rn. 22 – Kommission/Belgien; C-379/11, ECLI:EU:C:2012:798 Rn. 31 – Caves Krier Frères.

¹²² EuGH C-710/18, ECLI:EU:C:2020:299 Rn. 25 – WN; C-419/16, ECLI:EU:C:2017:997 Rn. 35 – Simma Feder-spiel; C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 Rn. 33 – Erzberger; C-202/11, ECLI:EU:C:2013:239 Rn. 20 – Las.

¹²³ EuGH C-514/12, ECLI:EU:C:2013:799 Rn. 34 – Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs GmbH gegen Land Salzburg.

alten Verein zulässig waren, umgangssprachlich „Verkauf“ genannt, seien – insoweit naheliegend vorgetragen – bloße „Verkaufsmodalitäten“ iSd der Keck-Entscheidung; sie stellten also keine Grundfreiheitsbeschränkung dar¹²⁴ (→ AEUV Art. 34 Rn. 51). Der EuGH schien die Übertragung der Keck-Rechtsprechung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht in Frage zu stellen; vielmehr kam er zu dem Schluss, dass die Transferregelungen „den Zugang der Spieler zum Arbeitsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten unmittelbar beeinflussen“ und damit nicht mit den Regelungen über die Modalitäten des Verkaufs von Waren gleichgestellt werden könnten.¹²⁵

- 40 Der **Marktzugangstest**, wie er sich bei anderen Grundfreiheiten durchgesetzt hat, findet sich auch bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹²⁶ In der Vorabentscheidung Graf führte der EuGH dazu aus, dass unter das Beschränkungsverbot des Art. 45 AEUV nur Maßnahmen fallen, die „den Zugang der Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beeinflussen“.¹²⁷ Die Entscheidung betraf eine **zivilrechtliche Norm**, wonach Arbeitnehmern nach mehrjähriger Anstellung im Falle der Kündigung durch den Arbeitgeber eine Abfindung zustand. In dem Ausgangsverfahren stritt ein Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber um die Abfindung. Er hatte selbst gekündigt, um eine neue Arbeit in einem anderen Mitgliedstaat aufzunehmen. Das vorlegende Gericht hielt es für möglich, dass die Abfindungsregelung gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstieß, weil sie in einem solchen Falle keine Abfindung vorsah. Der EuGH freilich fand die Auswirkungen der Abfindungsregelung auf Wanderarbeitnehmer für „zu ungewiss“ und „zu indirekt“, als dass sie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigen könnte.¹²⁸ Die Abfindungsregelung hatte also nach Überzeugung des Gerichts keinen Einfluss auf den Zugang zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedstaaten. Unter Berufung auf seine Entscheidung Graf hat der Gerichtshof später auch Nachteile aufgrund von Verjährungsfristen¹²⁹ oder Urlaubsregelungen¹³⁰ für nicht geeignet angesehen, Arbeitnehmer davon abzuhalten, von der Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch zu machen.
- 41 Grenzen der Arbeitnehmerfreizügigkeit zeigt der EuGH auch in der Entscheidung Erzberger auf. Im Ausgangsverfahren ging es um die Frage, ob einem Arbeitnehmer Rechte nach dem deutschen Mitbestimmungsgesetz auch zustehen, wenn er bei einer Niederlassung eines deutschen Unternehmens in einem anderen Mitgliedstaat arbeitet. Das war nach Auffassung des EuGH von Vertrags wegen nicht geboten. Denn die Gewährleistung des Art. 45 AEUV reiche **nicht** soweit, dass der Arbeitnehmer im Aufnahmestaat **die gleichen Arbeitsbedingungen** vorfinden müsse **wie im Herkunftsstaat**. Das Primärrecht könne einem Arbeitnehmer nämlich „nicht garantieren, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat als seinen Herkunftsmitgliedstaat in sozialer Hinsicht neutral ist, da ein solcher Umzug aufgrund der Unterschiede, die zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen, für die betreffende Person je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in diesem Bereich haben kann“. Die Vorschrift verschaffe „einem solchen Arbeitnehmer nicht das Recht, sich im Aufnahmemitgliedstaat auf die Arbeitsbedingungen zu berufen, die ihm im Herkunftsmitgliedstaat nach den dortigen nationalen Rechtsvorschriften zuständen“.¹³¹
- 42 **3. Die Anerkennung im Ausland erworbener Qualifikationen. a) Nicht reglementierte und reglementierte Berufe.** Der Zugang zum Arbeitsmarkt hängt häufig von bestimmten Qualifikationen ab. Arbeitgeber suchen nach den bestgeeigneten Mitarbeitern. Sie schreiben Stellen mit Anforderungsprofilen aus oder wenden sich an private und staatliche Arbeitsvermittler. In (zum Teil aufwendigen) Auswahlverfahren werden die Bewerber auf ihre Eignung geprüft. Schon in dieser Phase, von der Bewerbung bis zur Einstellung, gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit, dürfen ausländischen Arbeitnehmern also keine ungerechtfertigten Nachteile entstehen (→ Rn. 4). Für zahllose Berufe gelten indes besondere Anforderungen an **Fach- und Sprachkenntnisse**: Ärzte, Apotheker, Krankenschwestern, Architekten, Rechtsanwälte, Steuerberater, Lehrer, Erzieher, Handwerker und viele andere dürfen ihren Beruf nur ausüben, wenn sie über die gesetzlich vorgeschriebenen Qualifikationen verfügen. Man spricht insoweit von „reglementierten Berufen“.¹³²
- 43 Die je nach Land und Beruf unterschiedlichen Qualifikationsanforderungen können Arbeitnehmer (wie auch Selbstständige) an der Auswanderung oder an vorübergehenden Tätigkeiten in einem anderen Land hindern. Tatsächlich erwiesen sich gerade Berufsregelungen als Haupthindernis für die Mobilität. Sie gerieten zudem in den Verdacht, unter dem Einfluss der Berufsstände neben berechtigten Allgemeininteressen auch der Marktabschottung gegenüber ausländischer Konkurrenz zu dienen. Der europäische Gesetzgeber erließ darum schon früh zahlreiche Richtlinien zur Harmonisierung und zur Anerkennung von Berufsqualifikationen (→ Rn. 47). Wie häufig in der Rechtsentwicklung der Union wurden die Grundlinien der gegenseitigen Anerkennung durch die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten vorgezeichnet. Diese Rechtsprechung ist auch heute noch von Bedeutung in Fällen, die nicht von der Richtlinie 2005/36/EG

¹²⁴ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 102 – Bosman.

¹²⁵ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 103 – Bosman.

¹²⁶ Aus der jüngeren Zeit: EuGH C-187/15, ECLI:EU:C:2016:550 Rn. 28 – Pöpperl.

¹²⁷ EuGH C-190/98, ECLI:EU:C:2000:49 Rn. 23 – Graf.

¹²⁸ EuGH C-190/98, ECLI:EU:C:2000:49 Rn. 25 – Graf.

¹²⁹ EuGH C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193 Rn. 39, 40 – Barth; C-429/12, ECLI:EU:C:2014:12 Rn. 38 – Pohl.

¹³⁰ EuGH C-437/17, ECLI:EU:C:2019:193 Rn. 40 – Eurothermen Resort.

¹³¹ EuGH C-566/15, ECLI:EU:C:2017:562 Rn. 34–38 – Erzberger.

¹³² Eine Übersicht findet sich unter: http://ec.europa.eu/internal_market/qualifications/regprof/index.cfm (zuletzt aufgerufen 2.2.2018).

über die Anerkennung von Berufsqualifikationen geregelt sind. Das sind insbesondere Fälle, in denen die Ausbildungsanforderungen nicht für den Zugang zum Beruf als solchen gelten¹³³ oder nicht auf staatliche Reglementierung zurückzuführen sind, sondern auf **Auswahlverfahren privater Arbeitgeber**.¹³⁴ Aus diesen Gründen soll die Rechtsprechung hier im Folgenden skizziert werden.

b) Die Rechtsprechung zur Anerkennung von Berufsqualifikationen. Die Entscheidung Brouillard¹³⁵ fasst die Rechtsprechung zur Anerkennung von Berufsqualifikationen zusammen. Im Ausgangsverfahren stellte sich die Frage, ob im Rahmen eines Auswahlverfahrens für eine Stelle als Referent (bei einem belgischen Gericht) der Nachweis für die erforderliche Qualifikation nur durch das betreffende innerstaatliche Diplom geführt werden durfte. Die umfangreiche Rechtsprechung ist, den Ausgangsfällen geschuldet, auf staatliche Berufsregulierungen zugeschnitten. Doch es können kaum Zweifel daran bestehen, dass der Gerichtshof dieselben Grundsätze auch auf die Qualifikationsanforderungen von privaten Unternehmen oder Arbeitsvermittlern anwenden würde, sollten sie ausländische Qualifikationen benachteiligen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH beschränken nationale Qualifikationsvoraussetzungen die Grundfreiheiten, wenn sie Kenntnisse und Fähigkeiten unberücksichtigt lassen, die in anderen Mitgliedstaaten erworben wurden.¹³⁶ Bei der Zulassung zu einem reglementierten Beruf müssen die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats darum sämtliche Diplome und Zeugnisse sowie die Berufserfahrung des Betroffenen berücksichtigen und mit den nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten vergleichen.¹³⁷ Dazu muss in einem objektiven Verfahren zunächst geprüft werden, ob ein **ausländisches Diplom** seinem Inhaber die gleichen oder zumindest **gleichwertigen Kenntnisse und Fähigkeiten** bescheinigt wie das inländische Diplom.¹³⁸ Im Rahmen dieser Prüfung kann Unterschieden im rechtlichen Rahmen oder in den beruflichen Tätigkeitsbereichen Rechnung getragen werden.¹³⁹ Stellt sich bei der Prüfung heraus, dass das ausländische Diplom dem innerstaatlichen Diplom entsprechende Kenntnisse und Befähigungen bescheinigt, muss es anerkannt werden. Ergibt der Vergleich hingegen eine nur teilweise Entsprechung, so kann von dem Bewerber der Nachweis verlangt werden, dass er die fehlenden Kenntnisse und Fähigkeiten anderweitig erworben hat.¹⁴⁰ Dabei müssen die zuständigen Behörden beurteilen, ob die im Aufnahmemitgliedstaat im Rahmen eines Studiengangs oder praktischer Erfahrung erworbenen Kenntnisse für diesen Nachweis ausreichen.¹⁴¹ Darüber hinaus muss aber auch jede andere einschlägige Berufserfahrung in der Ausübung verwandter Tätigkeiten angerechnet werden, und zwar unter Berücksichtigung der dem Betroffenen übertragenen Verantwortung und Unabhängigkeit.¹⁴²

Diese Rechtsprechung lässt sich auf die **Auswahlverfahren privater Unternehmen und Arbeitsvermittler** übertragen. Danach darf ein Bewerber nicht allein deswegen abgelehnt werden, weil er ein ausländisches Diplom oder Zeugnis hat oder über Berufserfahrung nur in einem anderen Mitgliedstaat verfügt. Vielmehr muss in einem objektiven Verfahren geprüft werden, ob das ausländische Diplom Kenntnisse bescheinigt, welche den durch ein inländisches Diplom nachgewiesenen Kenntnissen entspricht. Ist dies der Fall, muss das Diplom als gleichwertig anerkannt werden. Nur wenn das ausländische Diplom nicht dem inländischen gleichwertig ist, darf von dem Bewerber der Nachweis verlangt werden, dass die erforderlichen Qualifikationen auf andere Weise, namentlich durch entsprechende Berufserfahrung erworben wurden. Für die Berufserfahrung muss auch die in anderen Mitgliedstaaten gewonnene Erfahrung in Betracht gezogen werden.

c) Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Häufig ist die Zulassung zu einem Beruf, direkt oder indirekt, aufgrund eines Gesetzes an den Besitz bestimmter Qualifikationen gebunden. In diesem Fall dürfen Unionsbürger die entsprechenden Tätigkeiten nach Maßgabe der

¹³³ Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung für den Rückgriff auf Art. 45 AEUV: EuGH C-298/14, ECLI:EU:C:2015:652 Rn. 36–45 – Brouillard; verb. Rs. C-422/09, C-425/09 und C-426/09, ECLI:EU:C:2010:732 Rn. 69 – Vandorou; C-419/16, ECLI:EU:C:2017:997 Rn. 45 – Simma Federspiel (ergänzende Prüfung der Arbeitnehmerfreizügigkeit).

¹³⁴ Vgl. etwa das Erfordernis des Diploms einer deutschen Sporthochschule für eine Schiedsrichtertätigkeit in dem Beispielsfall von Langenbucher PrivatR-/WirtschaftsR/Herresthal § 2 S. 128. Dass auch außerhalb der reglementierten Berufe in privaten Rechtsbeziehungen die Forderung nach Befähigungsnachweisen (Nachweis von Sprachkenntnissen) gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoßen kann, hat der Fall Angonese gezeigt: EuGH C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese.

¹³⁵ EuGH C-298/14, ECLI:EU:C:2015:652 Rn. 36–45 – Brouillard.

¹³⁶ EuGH C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 15 – Vlassopoulou; C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 Rn. 62 – Morgenbesser; C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771 Rn. 36 – Pešla.

¹³⁷ EuGH C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 16 – Vlassopoulou; C-234/97, ECLI:EU:C:1999:367 Rn. 31 – Fernández de Bobadilla, C-31/00, ECLI:EU:C:2002:35 Rn. 24 – Dreesen; C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 Rn. 57, 58 – Morgenbesser.

¹³⁸ EuGH C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 17 – Vlassopoulou; C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 Rn. 68 – Morgenbesser; C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771 Rn. 39 – Pešla.

¹³⁹ EuGH C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 18 – Vlassopoulou; C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 Rn. 69 – Morgenbesser; C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771 Rn. 44 – Pešla.

¹⁴⁰ EuGH C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 19 – Vlassopoulou; C-234/97, ECLI:EU:C:1999:367 Rn. 32 – Fernández de Bobadilla; C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 Rn. 70 – Morgenbesser; C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771 Rn. 40 – Pešla.

¹⁴¹ EuGH C-340/89, ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 20 – Vlassopoulou; C-234/97, ECLI:EU:C:1999:367 Rn. 33 – Fernández de Bobadilla; C-313/01, ECLI:EU:C:2003:612 Rn. 71 – Morgenbesser; C-345/08, ECLI:EU:C:2009:771 Rn. 41 – Pešla.

¹⁴² EuGH verb. Rs. C-422/09, C-425/09 und C-426/09, ECLI:EU:C:2010:732 Rn. 69 – Vandorou ua.

Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen¹⁴³ ausüben. Die Richtlinie ist an die Stelle früherer berufsspezifischer Richtlinien getreten.¹⁴⁴ Nur für Rechtsanwälte gelten nach wie vor besondere Bedingungen: Die Richtlinien 77/249/EWG¹⁴⁵ und 98/5/EG¹⁴⁶ regeln das Recht auf Dienstleistungen und Niederlassung in einem anderen Land unter der Berufsbezeichnung des Herkunftslandes.

- 48 Die Richtlinie 2005/36/EG sieht zunächst Erleichterungen für nur vorübergehende Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat vor (Dienstleistungen, Art. 5 RL 2005/36/EG); sie dürfen grundsätzlich nicht von einer vorherigen Prüfung der Qualifikation abhängig gemacht werden. Für dauerhafte Tätigkeiten im Aufnahmeland gilt ein sog. **allgemeines System der Anerkennung**. Danach muss die zuständige Behörde eines Mitgliedstaates einem Antragssteller den Zugang zu einem reglementierten Beruf grundsätzlich gestatten, sofern dieser die Qualifikation besitzt, die in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausübung dieses Berufes erforderlich ist (Art. 13 RL 2005/36/EG). Allerdings kann die zuständige Behörde, falls sich die Ausbildung im Herkunftsstaat hinsichtlich ihrer Dauer oder ihrer Inhalte von der ihm Aufnahmemitgliedstaat geforderten Ausbildung wesentlich unterscheidet, dem Antragssteller bestimmte Ausgleichsmaßnahmen auferlegen. Sie kann in diesem Fall verlangen, dass er entweder eine Eignungsprüfung ablegt oder einen Anpassungslehrgang absolviert (Art. 14 RL 2005/36/EG).
- 49 Die Mitgliedstaaten erkennen ohne weiteres die gesetzlichen Ausbildungsnachweise von Ärzten, Zahnärzten, Krankenschwestern, Hebammen, Apothekern, Tierärzten und Architekten an (**„automatische Anerkennung“**). Die entsprechenden Nachweise sind in den Anhängen der Richtlinie 2005/36/EG aufgelistet. Die Anerkennung erfolgt auf der Grundlage von Mindestausbildungsanforderungen, welche schon unter den früheren berufsspezifischen Richtlinien harmonisiert worden waren und nach der aktuellen Richtlinie weiterhin gelten. Schließlich gewährt die Richtlinie leichten Zugang zu verschiedenen Berufen in Handwerk, Handel und Industrie. Die Anerkennung der Qualifikationen erfolgt in diesen Fällen durch die Berücksichtigung von Erfahrungen und Kenntnissen über bestimmte Zeiträume hinweg.
- 50 **4. Der Anspruch der Arbeitnehmer auf soziale Leistungen.** In der Praxis stellte sich häufig die Frage, wie sich die Auswanderung in ein anderes Land auf soziale Leistungen auswirkt. Die Entscheidungen dazu betrafen in ihrer großen Mehrzahl die staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit. Ihnen kommt freilich auch Bedeutung für soziale Leistungen nach Tarifverträgen oder von privaten Unternehmen zu, wie in gerade die Entscheidungen Casteels¹⁴⁷ und Erny¹⁴⁸ gezeigt haben. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH ist darum **auch für das Zivilrecht von Bedeutung**. Sie kann wie folgt umrissen werden.
- 51 Die Ausgestaltung von Sozialleistungen muss die Arbeitnehmerfreizügigkeit (und die Niederlassungsfreiheit) beachten.¹⁴⁹ Die EU-Verträge wollen den Unionsbürgern die Ausübung beruflicher Tätigkeiten aller Art im Gebiet der Union erleichtern und stehen Maßnahmen entgegen, welche die Unionsbürger benachteiligen könnten, wenn sie eine wirtschaftliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen.¹⁵⁰ Zwar kann das Primärrecht der Union Arbeitnehmern nicht garantieren, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit, insbesondere in Bezug auf Leistungen bei Krankheit und Altersrenten, neutral ist. Ein solcher Umzug kann, so der EuGH, aufgrund der Unterschiede, die in diesem Bereich zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, für die betreffende Person je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in Bezug auf den sozialen Schutz haben. Wenn jedoch eine Regelung im Aufnahmemitgliedstaat Nachteile für Wanderarbeitnehmer mit sich bringt, ist sie nur dann mit dem Unionsrecht vereinbar, wenn sie den betreffenden **Wanderarbeitnehmer** im Vergleich zu Personen, die ihre gesamten Tätigkeiten in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem diese Regelung gilt, **nicht benachteiligt** und nicht nur dazu führt, dass Beitragsleistungen erbracht werden, denen kein Anspruch auf Gegenleistungen gegenübersteht.¹⁵¹ Der Zweck der Art. 45 und 48 AEUV würde verfehlt, wenn Wanderarbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, die Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlieren würden, die ihnen allein die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats sichern.¹⁵²

¹⁴³ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

¹⁴⁴ Richtlinien 89/48/EWG und 92/51/EWG des Rates sowie die Richtlinie 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise sowie die Richtlinien 77/452/EWG, 77/453/EWG, 78/686/EWG, 78/687/EWG, 78/1026/EWG, 78/1027/EWG, 80/154/EWG, 80/155/EWG, 85/384/EWG, 85/432/EWG, 85/433/EWG, und 93/16/EWG des Rates, die die Tätigkeiten der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, des Zahnarztes, des Tierarztes, der Hebamme, des Architekten, des Apothekers bzw. des Arztes betreffen.

¹⁴⁵ Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

¹⁴⁶ Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.

¹⁴⁷ EuGH C-379/09, ECLI:EU:C:2011:131 Rn. 5 – Casteels (Versorgungsansprüche).

¹⁴⁸ EuGH C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 Rn. 50 – Erny (Vergünstigungen während Altersteilzeit).

¹⁴⁹ EuGH C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178 Rn. 43 – Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon; C-515/14, ECLI:EU:C:2016:30 Rn. 38 – Kommission/Zypern.

¹⁵⁰ EuGH C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 94, 95 – Bosman; C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178 Rn. 44 – Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon.

¹⁵¹ EuGH C-515/14, ECLI:EU:C:2016:30 Rn. 40 – Kommission/Zypern.

¹⁵² EuGH C-212/06, ECLI:EU:C:2008:178 Rn. 46 – Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon.