

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 210

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Robert Rebhahn

Professor an der Universität Wien

Arbeitnehmerschutz à la européenne

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 17. November 2014

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

I. Einleitung	1
II. Kollektivarbeitsrecht	3
III. Individualarbeitsrecht	20
IV. Arbeitnehmerbegriff	30
V. Methodenlehre des Unionrechts: Anmerkungen zu Lage und Anforderungen	37

Neuere Judikatur des EuGH zum Arbeitsrecht aus Sicht der Methodenlehre

I. Einleitung

Der Vortrag soll einige neuere Urteile des EuGH zum Arbeitsrecht zum einen vorstellen, zum anderen und vor allem aus methodischer Sicht beleuchten. Methodenlehre zum Unionsrecht betrifft drei Fragen: die Ermittlung des Inhalts des Unionsrechts, die Anwendung dieses Inhaltes durch Organe der Mitgliedstaaten (Vorrang und unionsrechtskonforme Interpretation), sowie die inhaltliche Koordination von Unionsrecht und nationalem Recht. Ich befasse mich hier nur mit der ersten Frage, der Inhaltsermittlung.¹

Noch vor zwanzig Jahren hörte man in Österreich und Deutschland nicht selten: Über die juristische Methode brauche man nicht zu reden, man kenne sie und wende sie an. Diese Aussage war schon damals nicht richtig. Sagt man hingegen heute, man befasse sich mit der Methodenlehre des Unionsrechts, so hört man darauf häufig die Frage: Gibt es diese denn?

Versteht man unter Methode jede Art des Vorgehens bei Ermittlung des Rechtsinhalts, so hat auch das Unionsrecht ohne Zweifel eine Methodenlehre.

¹ Zur Methodenlehre des Unionsrechts vgl. insb. *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³ (2014); *Beck*, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU (2012); *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice (EUI Working Paper AEL 2013/9); *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band II Europarecht² (2007); *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang-Kommentar zum ABGB³ Band I Nach §§ 6, 7 ABGB (2014); *ders.*, Zur Methodenlehre des Unionsrechts, in FS Rolf Wank (2014), 429 ff. Speziell zum Arbeitsrecht z.B. *Rebhahn*, § 16 Arbeitsrecht, in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³ (2014).

Selbst die freie Festsetzung des Inhalts durch Gerichte ist dann eine Methodenlehre. In diese Richtung weist eine Aussage des derzeitigen Vizepräsidenten des EuGH *Lenaerts*: Da die Verträge keine Bestimmungen zu den Interpretationsmethoden enthalten, „the ECJ is, in principle, free to choose which of the methods of interpretation at its disposal best serves the EU legal order.“² Danach könne, so scheint es, der EuGH gleichsam nach Belieben wählen, wie er das von ihm gewünschte Ergebnis mit den verfügbaren Auslegungsmitteln – Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Zweck und praktische Wirksamkeit (*effet utile*) – erreicht und überdies neue Rechtsinhalte schaffen, wenn dies opportun erscheint.

Jedenfalls in einigen Mitgliedsländern wird unter Methodenlehre aber anderes verstanden, nämlich das Bemühen um Rechtserkenntnis anhand von Regeln, welche die Tätigkeit der Gerichte anleiten und begrenzen. Diese Methodenlehre setzt zwei Gegebenheiten voraus: erstens das Bemühen aller Beteiligten – Gesetzgeber, Gerichte, Beobachter – um eine kohärente Rechtsordnung, die möglichst frei von Widersprüchen und damit „systematisch“ ist; sowie zweitens die Überzeugung, dass der Rechtsinhalt in erster Linie aus dem vom Gesetzgeber gesetzten Recht aufgrund bestimmter Regeln abgeleitet und damit „gefunden“ und nicht vom Gericht „erfunden“ werden soll. Diese Hintergrundüberzeugung war und ist in vielen Mitgliedstaaten in Bezug auf das nationale Recht gegeben, auch wenn die Regeln zur Ableitung im Detail verschieden sind. Daher konnte man früher sagen, über Methoden müsse man nicht ständig reden, auch wenn die wissenschaftliche Diskussion zur Methodenlehre ein buntes Bild von Meinungen bot. Zum Unionsrecht fehlt jedoch schon/noch die gemeinsame

² *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice (EUI Working Paper AEL 2013/9), 4.

Grundüberzeugung, abgesehen von Differenzen bei den Ableitungsregeln. Umso wichtiger ist es, dass die Rechtswissenschaft als Beobachterin der Rechtsprechung diese nicht nur nacherzählt, auf ihre Folgen hin beleuchtet und vielleicht noch rechtspolitisch einordnet oder bewertet, sondern dass sie diese auch methodisch jedenfalls insoweit würdigt und kritisiert, als es um die Schlüssigkeit der Argumentation und die Überzeugungskraft des Ableitungszusammenhanges im Kontext der vom EuGH üblicherweise verwendeten Argumentationstopoi geht. Auf die damit aufgeworfenen allgemeinen Fragen gehe ich am Ende ein. Im Folgenden erörtere ich einige Urteile, die methodisch interessant sind und deren Darstellung nicht allzu kompliziert ist. Ausgeklammert bleiben bis auf eines Urteile zum Diskriminierungsrecht. Ich beginne mit Urteilen zum Kollektiven Arbeitsrecht, weil es dazu methodisch am meisten zu sagen gibt.

II. Kollektivarbeitsrecht

1. Mit großer Spannung erwartet wurde das Urteil *Association de Médiation Sociale*, kurz *AMS*, der Großen Kammer vom Januar 2014.³ Es ging um die Richtlinie 2002/14/EG betreffend Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, deren Vorgaben erst ab einer Mindestzahl von ArbeitnehmerInnen eingreifen. Das französische Recht sah vor, dass atypisch Beschäftigte nur anteilig für die Schwellenwerte berücksichtigt werden. Das Urteil wiederholt dazu die Aussage eines früheren Urteils, wonach diese Regelung unzulässig ist, weil sie die von der Richtlinie festgelegte „Ergebnispflicht“ verletze. Im Urteil *AMS* ging es dann um die Frage, ob

³ EuGH C-176/12 *Association de médiation sociale*, ECLI:EI:C:2014:2. Vgl. dazu z.B. *Dorsemont*, The right to information and consultation in Article 27 CFREU : less than a right and less than a principle, just an ordinary provision lacking a direct effect?, *EuZA* 2015 (erscheint demnächst); *Heuschmid*, Horizontalwirkung von Art 27 Europäische Grundrechtscharta Fehlanzeige?, *EuZA* 2014, 514-525.

Private – hier die Gewerkschaft – verlangen können, dass die nicht richtlinienkonforme nationale Norm unangewendet bleibt. Der EuGH bekräftigt zuerst, dass Richtlinien „im Rahmen eines Rechtsstreits, in dem sich ausschließlich Private gegenüberstehen, nicht als solche Anwendung finden.“ Diese Auffassung wird in der Lehre immer wieder kritisiert, sie ist aber die nach Wortlaut und Systematik des Primärrechts einzig richtige. Dann nimmt das Urteil Bezug auf das Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung, das erst ende, wenn sie zur „Auslegung contra legem des nationalen Rechts“ führen würde. Auch in diesem Urteil übernimmt der EuGH dazu die Aussage des vorlegenden Gerichts, wonach eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich sei, was hier nahelag.

Dann kommt das Urteil zum Kern der Entscheidung, nämlich zur Bedeutung des Artikels 27 Grundrechtecharta: „Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihre Vertreter muss auf den geeigneten Ebenen eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung in den Fällen und unter den Voraussetzungen gewährleistet sein, die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten vorgesehen sind.“

Der EuGH fragt dann, „ob der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens mit dem der Rechtssache *Kücükdeveci* zugrunde liegenden vergleichbar ist, so dass Art. 27 für sich genommen oder in Verbindung mit den Bestimmungen der Richtlinie 2002/14/EG in einem Rechtsstreit zwischen Privaten geltend gemacht werden kann, um gegebenenfalls die Anwendung der nicht richtlinienkonformen nationalen Bestimmung auszuschließen.“⁴ Diese Vorgangsweise ist methodisch sehr zu begrüßen. Frühere Judikatur ist häufig das wichtigste Argument in Urteilen des EuGH, nicht selten wird es

⁴ EuGH *Association de médiation sociale*, ECLI:EI:C:2014:2 Rz. 44 ff.

aber in einer Weise als Begründung und Autorität herangezogen, die nicht oder zu wenig danach fragt, ob das frühere Urteil für die nun vorliegende Rechtsfrage auch wirklich „Präjudiz“ ist. Die Frage nach der Vergleichbarkeit des Sachverhaltes ist für diese Überlegung ein, wenn nicht das wesentliche Element.⁵

Die Frage, ob Artikel 27 GRCh hier verdrängende Privatwirkung⁶ zukommt, wird dann in wenigen Sätzen verneint. „Aus dem Wortlaut von Art. 27 der Charta geht klar hervor, dass er, damit er seine volle Wirksamkeit entfaltet, durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden muss. Das in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2002/14 enthaltene ... Verbot, bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl des Unternehmens eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, die ursprünglich zu dem Kreis der bei dieser Berechnung zu berücksichtigenden Personen gehörte, auszuschließen, lässt sich nämlich als unmittelbar anwendbare Rechtsnorm weder aus dem Wortlaut des Art. 27 der Charta noch aus den Erläuterungen zu diesem Artikel herleiten.“ Die Lage sei damit anders als beim Verbot der Altersdiskriminierung, das „schon für sich allein dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht, das er als solches geltend machen kann.“ Da dies bei Artikel 27 nicht zutrefte, kann auch die Zusammenschau von Grundrecht und (an sich hinreichend bestimmter) Richtlinienbestimmung nicht zur Verdrängung der nationalen Bestimmung führen.

⁵ Vgl. zu Bedeutung früherer Urteile und dem Umgang des EuGH mit diesen als Vorjudikatur *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz. 114 ff.

⁶ Vgl. zur Privatwirkung der Art. 27 ff. GRCh z.B. *Rebhahn*, Grundrechte des Arbeitslebens, in *Grabenwarter* (Hrsg.), Enzyklopädie des Unionsrechts Band 2 (2013), Rn. 51 ff; *Seifert*, Zur Horizontalwirkung sozialer Grundrechte, EuZA 2014, 299-311.

Diese Argumentation ist in sich gut nachvollziehbar, allerdings ist sie jedenfalls (zu) knapp. Das Urteil wollte nicht gleich eine allgemeine „Formel“ entwickeln, sondern sich nur zu Artikel 27 äußern, und auch dies nur vorsichtig. Die Kürze der Begründung deutet darauf hin, dass sich die Große Kammer primär nur auf das Ergebnis einigen konnte, nicht hingegen auf allgemeine Fragen, welche die Vorlage hätte aufwerfen können. Dies legt es nahe, aus diesem Urteil nicht allzu viel für weitere Fälle abzuleiten.

Generalanwalt *Cruz-Villalon* hatte sich in seinem Schlussantrag ausführlich mit der Unterscheidung von Rechten und Grundsätzen (Art. 51 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 5 GRCh) und deren Bedeutung befasst.⁷ Umso auffälliger ist, dass das Urteil offenlässt, ob Art. 27 ein Recht oder bloß einen Grundsatz enthält, wohl weil der EuGH seine Überlegungen als dieser Frage vorgelagert sieht. Fraglich ist, ob der EuGH damit die genannte Unterscheidung überhaupt zugunsten der Unterscheidung zwischen direkt und nicht direkt anwendbaren Bestimmungen zurückdrängen will, wie dies die am Urteil beteiligte Richterin *Prechal* literarisch vertreten hat.⁸ Ein solches Zurückdrängen wäre verfehlt, weil die Unterscheidung zwischen Recht und Grundsatz primär nicht die unmittelbare Anwendbarkeit, sondern das Ausmaß der Bindung des Gesetzgebers betrifft. Generalanwalt *Cruz-Villalon* ordnete Artikel 27 als Grundsatz ein, kam dann über eine komplizierte Argumentation aber doch zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit zwischen Privaten.⁹ Der EuGH ist dem nicht nähergetreten. Der Vergleich von Schlussantrag und Urteil legt die Vermutung nahe, dass allzu komplizierte Argumentation beim Gerichtshof auf wenig Gehör trifft; sollte dies zutreffen,

⁷ Schlussanträge ECLI:EU:C:2013:491 Rz. 43-56.

⁸ Darauf macht *Dorssemont* aufmerksam. Vgl. *Prechal*, Article 52, in *Peers/Hervey/Kenner/Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of fundamental rights* (2014), S. 1510 f.

⁹ Schlussanträge ECLI:EU:C:2013:491 Rz. 57-80.

so wird sich mittelfristig wohl auch die nationale Rechtsdogmatik daran ausrichten.

Die Argumentation des Urteils passt eher zur Einordnung als Recht. Jedenfalls dürfte aus dem Urteil hervorgehen, dass Art. 52 Abs. 5 Satz 2 GRCh auch bei Einordnung als Grundsatz und dessen Konkretisierung in einer Richtlinie nicht stets zur verdrängenden Privatwirkung führt. Auf der anderen Seite hat das Urteil *AMS* die Linie von *Kücükdeveci* bestätigt und damit jedenfalls zum Ausdruck gebracht, dass die private/horizontale Verdrängungswirkung bei Diskriminierungsverboten zum Tragen kommt. Fraglich ist dann, ob dies nur bei jenen Diskriminierungsverboten der Fall ist, die durch eine Richtlinie konkretisiert wurden oder/und in Art. 19 AEUV genannt sind, oder aber auch bei den anderen Verboten des Art. 21 GRCh. Der Aufbau des Urteils könnte für das zweite sprechen, weil es die Konkretisierung erst nach der Aussage zur fehlenden horizontalen Wirkung anspricht; allerdings ist fraglich, ob man damit nicht zu viel aus dem Urteil herausliest. Zweitens geht aus den Ausführungen wohl hervor, dass die Verdrängungswirkung auch anderen Bestimmungen der Charta als Diskriminierungsverboten zukommen kann. Fraglich ist allerdings, woran genau die private Verdrängungswirkung von Art. 27 GRCh scheitert. In Betracht kommen die Einordnung als Grundsatz, der Verweis in Art. 27 GRCh auf Recht von Union und Mitgliedstaaten oder schließlich der sonstige Inhalt von Art. 27 GRCh. Die Randnummer 45 des Urteils – „Aus dem Wortlaut von Art. 27 der Charta geht somit klar hervor, dass er, damit er seine volle Wirksamkeit entfaltet, durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden muss.“ scheint dafür zu sprechen, dass das Hindernis in diesem Verweis liegt. Allerdings könnte sich dahinter auch die offengelassene Frage verbergen, ob Art. 27 GRCh nur einen Grundsatz enthält. Die Antwort auf diese Fragen ist für andere Bestimmungen der Charta wesentlich, in denen der Verweis anders

formuliert ist (z.B. Art. 30) oder fehlt (z.B. Art. 1). Das Urteil AMS wollte sich dazu offenbar noch nicht festlegen.

2. Als nächstes gehe ich auf das Urteil *Alemo-Herron* aus 2013 ein.¹⁰ Bei diesem Fall aus Großbritannien ging es um die Bindung eines Betriebserwerbers an den Tarifvertrag des Übergebers. In Großbritannien gelten Tarifverträge nicht normativ, sondern nur wenn dies im Arbeitsvertrag vereinbart ist, was aber aufgrund schlüssiger Vertragsergänzung häufig bejaht wird. Der Arbeitsvertrag von Herrn Alemo mit dem ersten Arbeitgeber, der Gemeinde Lewisham, sah die Anwendung des Tarifvertrages, den der Arbeitgeberverband abschließt, ausdrücklich vor „Während der Dauer Ihres Arbeitsverhältnisses mit [Lewisham] richten sich die Arbeitsbedingungen nach den vom [NJC] periodisch ausgehandelten Tarifverträgen ...“. Das britische Gesetz bindet den Erwerber daran. Lewisham übertrug den Betrieb auf C, der ihn wieder auf Parkwood, eine private Gesellschaft, übertrug. Parkwood wollte die Lohnerhöhung nicht zahlen, die eine nach dem zweiten Betriebsübergang vereinbarte Änderung des NJC-Tarifvertrages vorsah.

¹⁰ EuGH C-426/11 *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:521. Vgl. dazu z.B. die – teils sehr kritischen – Stellungnahmen von *Lobinger*, EuGH zur dynamischen Bezugnahme von Tarifverträgen beim Betriebsübergang, NZA 2013, 945-947; *Kainer*, Gerechter Interessenausgleich und unternehmerische Freiheit, EuZA 2014, 231-240; *Heuschmid*, Dynamische Bezugnahme Klausel beim Betriebsübergang, Arbeit und Recht 2013, 500-502; *Prassl*, Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law, Industrial Law Journal 2013, 434-446; *Weatherill*, Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract', European Review of Contract Law 2014 Vol. 10, 167-182; *Rémy*, L'arrêt Alemo-Herron de la CJUE et la directive transfert: faut-il encore prendre au sérieux la Cour de justice? Revue de droit du travail 2013, 788-797.

Gerade bei Urteilen des EuGH ist zuerst nach dem genauen Inhalt der Aussage des Urteils zu fragen. Entscheidungen des EuGH sind dazu anders zu lesen als jene der Höchstgerichte mancher Mitgliedstaaten, die primär auf systematische Betrachtung des Rechts ausgerichtet sind. Der EuGH beurteilt hingegen das Unionsrecht primär im Hinblick auf den konkreten Fall und zielt weniger auf eine systematische Sicht ab. Es ist nicht immer leicht, den verbindlichen Gehalt eines Urteils herauszuarbeiten.

Der Tenor des Urteils sagt: „Artikel 3 der Betriebsübergangs-Richtlinie ist dahin auszulegen, dass er es verwehrt vorzusehen, dass im Fall eines Unternehmensübergangs die Klauseln, die dynamisch auf nach dem Zeitpunkt des Übergangs abgeschlossene Tarifverträge verweisen, gegenüber dem Erwerber durchsetzbar sind, wenn dieser nicht die Möglichkeit hat, an den Verhandlungen über diese Kollektivverträge teilzunehmen.“ Fraglich ist schon, ob dieses Verbot auch gilt, wenn sich die Bindung des Erwerbers an die dynamische Verweisung nicht erst, wie in Großbritannien, aus dem nationalen Gesetz, sondern allein aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Dies kann etwa zutreffen, wenn der Arbeitsvertrag auf einen Tarifvertrag verweist, der schon für den Übergeber nicht anwendbar ist. Das Urteil spricht nämlich stets nur von Artikel 3 der Richtlinie, ohne deutlich zwischen dessen Absätzen 1 und 3 zu differenzieren. Absatz 1 ordnet die Bindung des Erwerbers an den Arbeitsvertrag ohne Einschränkung an, Absatz 3 ordnet die Bindung an den Tarifvertrag des Übergebers hingegen nur mit beträchtlichen Einschränkungen an. Fraglich ist ferner, ob das Verbot bei allen Betriebsübergängen gilt. Das Urteil argumentiert nämlich wesentlich mit dem Wechsel des Betriebes vom öffentlichen in den privaten Bereich, wohl weil die Arbeitsbedingungen im öffentlichen Sektor häufig von jenen im privaten deutlich abweichen. Im Urteilstenor kommt dieser Aspekt aber nicht vor.

Wenden wir uns der Begründung des Urteils zu. Es führt für das Verbot zwei Argumente an. Erstens wird gesagt, dass die Betriebsübergangs-Richtlinie nicht nur dem Schutz der Arbeitnehmerinteressen dient, „sondern sie soll auch einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer einerseits und denen des Erwerbers andererseits gewährleisten. Insbesondere stellt sie klar, dass der Erwerber in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.“¹¹ In der Folge wird gesagt, die dynamische Verweisung könne bei Übergang des Betriebes vom öffentlichen in den privaten Sektor den „Handlungsspielraum, den ein privater Erwerber benötigt, um diese Anpassungsmaßnahmen zu ergreifen, erheblich einschränken“.

Die These von Interessenausgleich und Anpassungsbedarf stammt aus dem Urteil *Werhof*.¹² Daran sieht man die große Bedeutung der früheren Judikatur. Häufig ist diese das wesentliche Argument des EuGH. Im Urteil *Werhof* wird die These vom gerechten Interessenausgleich allerdings nicht näher begründet. Die These liegt zwar nahe, weil wohl jede Norm, insbesondere zum Privatrecht, dem Interessenausgleich dienen soll. Allerdings steht sie in deutlichem Gegensatz zu vielen Urteilen zu Verbraucherschutz und Arbeitsrecht, in denen der EuGH nur mit den Interessen jenes Vertragspartei argumentiert, zu deren Schutz die Richtlinie erlassen wurde.¹³ Zum Arbeitsrecht sind *Werhof*, *Alemo* und *Österreichischer Gewerkschaftsbund*¹⁴ bisher die einzigen Urteile, in denen der EuGH ausdrücklich auf den gerechten Interessenausgleich Bezug nimmt. Diese Sonderstellung bleibt unbegründet. Man könnte sie vielleicht damit

¹¹ EuGH *Alemo-Herron*, ECLI:EU:C:2013:521 Rz. 25.

¹² EuGH C-499/04 *Werhof*, ECLI:EU:C:2006:168 Rz. 31.

¹³ Vgl. zur Frage z.B. *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz. 79 ff.

¹⁴ EuGH C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197.

begründen, dass die Betriebsübergangs-Richtlinie auf die Binnenmarktkompetenz und nicht auf die sozialpolitische Kompetenz gestützt ist. Dies wäre allerdings nicht wirklich überzeugend, weil wohl auch die Auslegung von sozialpolitischen Mindestvorschriften nicht ohne Blick auf die Interessen der belasteten Arbeitgeber auskommen sollte. Man wird sehen, ob das Argument vom Interessenausgleich in Zukunft auch zu anderen Richtlinien zum Arbeitsrecht, etwa zur Befristungs-RL, vertreten wird.

Mit dem Argument des Interessenausgleichs kann man gut begründen, dass die Richtlinie die Bindung an die dynamische Verweisung nicht verlangt. Da sie aber nur Mindestvorschriften vorgibt, kann daraus noch nicht folgen, dass das Unionsrecht diese Bindung auch verbietet. Dazu führt die Kammer Artikel 16 der Grundrechtecharta ins Treffen und sagt: „Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.“ Der Umgang des Urteils mit dieser Bestimmung des Primärrechts ist methodisch erschreckend bis deprimierend. Man kann schon fragen, ob die Charta hier überhaupt anwendbar war, wenn man mit dem EuGH davon ausgeht, dass die Betriebsübergangs-Richtlinie nur Mindestvorschriften enthält und sich die Bindung des Erwerbers erst aus dem nationalen Gesetz ergibt. Das Urteil sagt dazu nur, Artikel 3 der Richtlinie sei in Übereinstimmung mit Artikel 16 auszulegen, ohne jedoch darzulegen, warum dies auch für das über die Mindestanforderung Hinausgehende gilt. Selbstverständlich ist die Bindung an die Charta in diesem Bereich jedenfalls nicht.¹⁵ Fraglich ist ferner die Verankerung der Vertragsfreiheit in Artikel 16. Auch Nichtunternehmer haben hoffentlich ein Grundrecht auf Vertragsfreiheit. Ungenügend ist ferner die Inhaltsbestimmung. Das Urteil geht offenbar davon aus, dass es sich bei Artikel 16 um ein Recht und nicht um einen Grundsatz handelt. Dies müsste aber gesagt und begründet werden, zumindest in Anbetracht des Verweises

¹⁵ Vgl. z.B. *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV-Kommentar⁴, Art. 51 GRCh Rz. 8 ff.

auf Unionsrecht und Recht der Mitgliedstaaten. Auch wenn man von einem Recht ausgeht, wäre nach der Bedeutung dieses Verweises zu fragen, vor allem ob daraus eine geringere Intensität des Schutzes folgt als bei Rechten, deren Text keinen Verweis enthält.¹⁶

In der Sache sieht das Urteil die Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Erwerbers darin, dass dieser nicht die Möglichkeit hat, den verwiesenen Tarifvertrag zu beeinflussen. Dadurch werden aber weder Vertragsfreiheit noch Koalitionsfreiheit des Erwerbers beeinträchtigt. Die Vertragsfreiheit des Erwerbers wird vielmehr – allein – dadurch beeinträchtigt, dass er (auch) aufgrund der Richtlinie an den Inhalt des Arbeitsvertrages mit dem Übergeber samt Verweisung auf den fremden Tarifvertrag gebunden ist. Das Urteil verdunkelt (oder verkennt) dies, wenn es stets nur von „Artikel 3“ der Richtlinie spricht, anstatt präzise auf dessen Absatz 1 Bezug zu nehmen. Die genannte Beeinträchtigung kann ein Erwerber schon dadurch leicht vermeiden, dass er den Betrieb nicht erwirbt (auch die Qualität der Betriebsmittel kann er ja nicht ändern). In Anbetracht dieser Möglichkeit ist es nicht nachvollziehbar, dass das Urteil den Wesensgehalt der Vertragsfreiheit als beeinträchtigt sieht – sofern man darunter nur den Kern des Grundrechts versteht (so wohl auch Art. 52 Abs. 1 GRC). Zu Unrecht beruft sich das Urteil *Alemo* daher „entsprechend“ auf das Urteil *Deutsches Weintor*.¹⁷ Dort wurde ein Eingriff in den Wesensgehalt der Unternehmerfreiheit erst angenommen, wenn eine Maßnahme faktisch zu einem Verbot der Berufsausübung führt. Dies ist eines der vielen Beispiele, in denen die Berufung des EuGH auf ein früheres Urteil nicht überzeugt, weil

¹⁶ In der Lehre ist die Bedeutung dieses Verweises („Refrain“) sehr umstritten; vgl. dazu z.B. *Rebhahn*, Grundrechte des Arbeitslebens, in *Grabenwarter* (Hrsg.), Enzyklopädie des Unionsrechts Band 2 (2013), Rn. 46 f.

¹⁷ EuGH C-544/10 *Deutsches Weintor*, ECLI:EU:C:2012:526.

damals nur Ähnliches gesagt wurde und nun in der Begründung nicht dargetan wird, warum das Ähnliche auch hier einschlägig ist. Auch wenn man eine Beeinträchtigung des Wesensgehalts unterstellt, fehlt noch immer die Begründung, dass die britische Regelung diesen nicht „achtet“, also verletzt. Das Urteil geht also in ungemein schlampiger und oberflächlicher Art und Weise nicht nur mit Artikel 16, sondern auch mit Artikel 52 Abs. 1 der Charta um.

Eine Bindung an die dynamische Verweisung verstärkt aber ohne Zweifel die von der Richtlinie geforderte Bindung des Erwerbers an den Arbeitsvertrag zum Übergeber. Der EuGH hätte daher prüfen müssen, ob die Alternative, vor den eine strikte Anwendung von Art. 3 Abs. 1 in Bezug auf eine dynamische Verweisklausel den Erwerbwilligen stellt, nach Art. 52 Abs. 1 GRCh gerechtfertigt werden kann. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung müsste vor allem die Möglichkeit des Erwerbers relevant sein, eine Änderung des Arbeitsvertrages – notfalls durch Änderungskündigung – herbeizuführen, daneben noch die Achtung vor dem geschlossenen Arbeitsvertrag und damit der Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers. Eine Bindung des Erwerbers an die dynamische Verweisklausel beeinträchtigt diesen nämlich umso mehr, je geringer seine Möglichkeiten sind, den Vertrag einseitig zu ändern oder den Arbeitnehmer durch Änderungskündigung zu einer Änderung zu bewegen. Es ist zwar verständlich, dass das Urteil darauf nicht im Detail zum britischen Recht eingeht. Zum einen wurde danach nicht gefragt, zum anderen ist die Intensität des Schutzes gegen Kündigung und Änderungskündigung in den Mitgliedstaaten ganz unterschiedlich. Allerdings wäre es nahegelegen und m.E. richtig gewesen zu sagen, die Bindung an die dynamische Verweisung sei nur zulässig, wenn der Erwerber angemessene Möglichkeiten hat, die Arbeitsverträge der übernommenen ArbeitnehmerInnen anzupassen. Im

britischen Recht ist diese Möglichkeit weit größer als in anderen Mitgliedstaaten.

Interessant ist, dass das Urteil *Alemo* für sein Ergebnis einen Ansatz nicht nutzt, den das Urteil *Werhof* eröffnet hätte.¹⁸ Dort wurde zur Auslegung des Artikels 3 Abs. 1 gesagt, dass „eine Klausel, die auf einen Kollektivvertrag verweist, keine weiter gehende Bedeutung haben [kann] als dieser Kollektivvertrag. Daher ist Artikel 3 Absatz 2 [richtig: 3] der Richtlinie Rechnung zu tragen, der Beschränkungen des Grundsatzes der Anwendbarkeit des Kollektivvertrags enthält, auf den der Arbeitsvertrag verweist.“ Diese Auffassung wird zwar der Richtlinie nicht gerecht, man hätte sie aber doch unter Umständen ausbauen können. Die Kammer wollte aber offenbar mit dem Heranziehen des Artikels 16 als Grenze arbeitsrechtlicher Regelungen ein deutliches Zeichen setzen.

Methodisch beachtet das Urteil *Alemo* also Wortlaut und Systematik der Richtlinie kaum, und übergeht insb. die Unterscheidung zwischen den Absätzen 1 und 3 des Artikels 3 und zwischen der Bindung des Erwerbers an den Arbeitsvertrag oder an einen Tarifvertrag. Der Zweck der Richtlinie wird ohne vertiefte Begründung anders als bei anderen arbeitsrechtsrelevanten Richtlinien verstanden. Den Ausschlag gibt letztlich das Primärrecht, zu dem die Begründung aber schon in der Sache viel zu knapp und oberflächlich ist. Das Urteil *Alemo* ist meines Erachtens eines der am schlechtesten begründeten Urteile der letzten Zeit und für das Höchstgericht einer Rechtsgemeinschaft unzureichend. Erfreulicherweise ist der Umgang mit dem Sekundärrecht in vielen anderen Urteilen deutlich besser geworden. Insbesondere beachten diese weit mehr den Wortlaut und dessen Systematik. Wiederholt findet sich nun sogar die Aussage, dass die

¹⁸ EuGH *Werhof*, ECLI:EU:C:2006:168 Rz. 28.

Auslegung einer Norm nicht dazu führen darf, dass die praktische Wirksamkeit des Wortlautes beeinträchtigt wird.¹⁹ Dies mag dazu beitragen, dass neue Fragen zum Inhalt des Unionsrechts wieder verstärkt aus dem geschriebenen Unionsrecht selbst beantwortet werden, und nicht in die resignierte Feststellung münden: Dazu gibt es leider noch kein Urteil des EuGH. Die Rechtssicherheit, verstanden als Möglichkeit der Bürger, sich am geschriebenen Recht zu orientieren, wird durch die Fokussierung allein auf Worte des EuGH nämlich sicher nicht gefördert. Diese Rechtssicherheit ist aber ein wesentliches Element für gesellschaftliches und wirtschaftliches Wohlergehen.

Die Bemühungen um die Ableitung des Ergebnisses aus dem Primärrecht bleiben hingegen nicht nur in *Alemo*, sondern auch sonst häufig hinter diesem Standard zurück. Dies ist auch praktisch bedauerlich, weil der Einfluss des Primärrechts auch im Privatrecht deutlich zunimmt, insbesondere durch die Grundrechte. Mit einer so „großzügigen“ Vorgangsweise zur Unternehmerfreiheit wie in *Alemo* könnte man viele Bestimmungen des Sekundärrechts, aber auch des Rechts der Mitgliedstaaten, welche Unternehmer belasten, wegen Verletzung der unternehmerischen Freiheit beiseiteschieben. Das BAG hat sich jüngst auch veranlasst gesehen, eine nationale Regelung, die über das von der Mindestrichtlinie Vorgesehene hinausgeht, vor Art. 16 GRCh zu rechtfertigen,²⁰ obwohl eine Verletzung hier mehr als fern lag. Überdies setzt sich der EuGH in vielen Urteilen – weniger zum Privatrecht, aber etwa zum Sozialrecht – unter Berufung auf das Primärrecht über den klaren Wortlaut des Sekundärrechts hinweg, ohne daraus Konsequenzen für die Geltung der

¹⁹ Z.B. EuGH C-147/11ua *Czop*, ECLI:EU:C:2012:538 Rz. 32.

²⁰ BAG 6.5.2014 - 9 AZR 678/12 Rz. 20 zum Urlaubsanspruch bei Karenzierung.

betreffenden Norm des Sekundärrechts zu ziehen. Beides ist methodisch problematisch.

3. Erwähnt sei ferner das Urteil *Österreichischer Gewerkschaftsbund* in Sachen AUA aus 2014.²¹ Das Ergebnis des Urteils ist vertretbar, die Begründung wiederum sehr schlecht. Es betrifft nun wirklich Art. 3 Abs. 3 der Betriebsübergangs-Richtlinie. Gefragt war, ob diese Bestimmung die Anwendung des Tarifvertrages des Übergebers auch dann verlangt, wenn der Tarifvertrag im Übergangszeitpunkt aufgrund einer Kündigung nur mehr nachwirkt. Die Frage war in Österreich reichlich umstritten.

Das Urteil bejaht die Bindung und führt dafür primär ins Treffen, dass Absatz 3 die Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen des Tarifvertrages verlange, also nicht auf den spezifischen Ursprung der Geltung abstelle.²² Diese Berufung auf den Wortlaut ist so allerdings wohl verfehlt, weil Absatz 3 Satz 1 sagt: „Nach dem Übergang erhält der Erwerber die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags in dem gleichen Maße aufrecht, wie sie in dem Kollektivvertrag für den Veräußerer vorgesehen waren.“ Das Urteil geht mit keinem Wort auf die Wendung „bis zur Kündigung oder zum Ablauf des Kollektivvertrages“ ein, obwohl die Vorlage ausdrücklich nach der Lage nach Kündigung des Tarifvertrages fragte. Das Urteil hätte daher zumindest behaupten müssen, dass die Kündigung nicht unter diese Worte falle, falls das nationale Recht Nachwirkung vorsieht (was gut vertretbar ist). Überdies übergeht das Urteil stillschweigend zumindest ein früheres Urteil

²¹ EuGH C-328/13 *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197.

²² EuGH *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197 Rz. 23 ff.

zum finnischen Recht, das ein anderes Ergebnis jedenfalls möglich hat erscheinen lassen und daher eines *distinguishing* wert gewesen wäre.²³

Als zweites Argument führt das Urteil das Ziel der Richtlinie ins Treffen. Dieses bestehe unter Berufung auf das Urteil *Scattolon* darin „zu verhindern, dass sich die Lage der übergegangenen Arbeitnehmer allein aufgrund dieses Übergangs verschlechtert.“²⁴ Fraglich ist allerdings, ob und wieweit das Argument im Zusammenhang mit Tarifverträgen überzeugt, nennt Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie doch vier Fälle, in denen bei den tariflichen Arbeitsbedingungen eine Verschlechterung aufgrund des Betriebsüberganges möglich erscheint. Mangels eigenständiger Begründung im Urteil *ÖGB* erhofft man sich Aufschluss aus dem als Beleg zitieren Urteil *Scattolon* aus 2011.²⁵ Das vom Sachverhalt schwierige und in seinen Ausführungen eher unklare Urteil *Scattolon* hat ein Verschlechterungsverbot für den Fall bejaht, dass ein Tarifvertrag, der speziell den Betriebsübergang regelt, diese Verschlechterung bringt.²⁶ Das war durchaus treffend. Daraus folgt aber noch kein allgemeines Verschlechterungsverbot in Bezug auf tarifliche Arbeitsbedingungen, insbesondere wenn der Tarifvertrag des Übergebers durch den des Erwerbers abgelöst würde. Der Wortlaut der Richtlinie ordnet dieses Verbot auch nur in Bezug auf den Arbeitsvertrag, nicht in Bezug auf die tariflichen Arbeitsbedingungen an. Auch das Urteil *Scattolon* musste das fragliche, generelle Verbot für sein Ergebnis nicht bejahen und es hat dafür daher auch keine Gründe angeführt. Gleichwohl haben viele aus *Scattolon*

²³ EuGH C-396/07 *Juuri*, ECLI:EU:C:2008:656; Das damals relevante nationale Recht sah eine Nachwirkung des gekündigten Tarifvertrages nicht vor.

²⁴ EuGH *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197 Rz. 27 f.; Vgl. dazu demnächst die Urteilsanmerkung von *Pfalz* in EuZA 2015.

²⁵ EuGH C-108/10 *Scattolon*, ECLI:EI:C:2011:542. Vgl. dazu z.B. *Sagan*, EuZA 2012, 247-256.

²⁶ EuGH *Scattolon*, ECLI:EI:C:2011:542 Rz. 75 f.

ein allgemeines Verschlechterungsverbot auch in Bezug auf tarifliche Arbeitsbedingungen herausgelesen, vielleicht weil es den persönlichen rechtspolitischen Vorstellungen entsprach.²⁷ Das Urteil *ÖGB* sagt zwar nicht, dass es ein solches allgemeines Verschlechterungsverbot in Bezug auf Tarifbedingungen gibt. Es löst die Aussage des Urteils *Scattolon* allerdings aus seinem Zusammenhang und bereitet damit einem Verständnis den Weg, das aus *Scattolon* selbst nicht direkt folgt. Darin zeigt sich ein allgemeines Problem der Judikatur des EuGH. Bei Bedarf werden Sätze früherer Judikatur aus dem Zusammenhang gelöst und als Autorität für einen anderen Sachverhalt ausgegeben. Das ist im Rahmen einer Judikatur, die sich in großem Umfang nicht an der Norm, sondern an früheren Urteilen orientiert, ein methodisch fragwürdiges und m.E. verfehltes Vorgehen. Man wird sehen, ob die Verselbständigung des Satzes aus *Scattolon* dazu führen wird, dass entgegen dem Wortlaut der Richtlinie der Tarifvertrag des Erwerbers den des Übergebers nicht mehr verdrängen darf, § 613a Abs 1 Satz 3 BGB also richtlinienwidrig sein wird. In Deutschland ist die Frage wegen des Erfordernisses beidseitiger Tarifbindung praktisch nicht sehr relevant,²⁸ in den meisten anderen Mitgliedstaaten ist sie es hingegen sehr wohl, weil dort die Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht.

Das Urteil *ÖGB* verwendet noch ein drittes Argument: Die Bindung des Erwerbers an den nachwirkenden Tarifvertrag entspreche auch dem in *Alemo* genannten Ziel der Richtlinie, „einen gerechten [Interessen]Ausgleich ... zu gewährleisten, und aus dem sich insbesondere ergibt, dass der Erwerber in der Lage sein muss, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen

²⁷ Vgl. jüngst *Klein*, Die Weitergeltung von kollektivvertraglichen Normen nach der Betriebsübergangsrichtlinie, EuZA 2014, 325-341. Kritisch zum Urteil *Scattolon* in Bezug auf Klarheit der Aussage und Begründung *Sagan*, EuZA 2012, 251 ff.

²⁸ Vgl. Erfurter Kommentar/*Preis* § 613a BGB Rz. 123.

Anpassungen vorzunehmen.“ Letzteres sei bei Nachwirkung gegeben, weil der Erwerber sie durch einen neuen Tarifvertrag oder durch Einzelabreden beenden könne.²⁹ Da der Erwerber beides aber nicht allein erreichen kann, begnügt dieses Urteil sich wohl mit eher geringen Möglichkeiten zur Anpassung. Vor allem aber passt die Argumentation überhaupt nicht zum Urteil *Alemo*, auf das sie sich beruft. Auch im Fall *Alemo* hatte der Erwerber die Möglichkeit, die Bindung durch eine Einzelabrede zu beenden. Dort hat die so beendbare Bindung aber die Vertragsfreiheit laut EuGH in ihrem Wesensgehalt verletzt, hier wird die Beendbarkeit hingegen sogar als Argument für die Bindung genannt. Schon auf der Ebene des Unionsrechts zeigt dies, dass das dritte Argument offenbar nicht durchdacht wurde, und man nur Worte setzen wollte. Dazu kommt, dass die Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Vertragsänderung durch Änderungskündigung in England tendenziell größer sind als in Österreich. Die Bindung hätte also eher in *Alemo* zugelassen als im *AUA*-Urteil verlangt werden müssen.

4. Schließlich sei auf drei Beschlüsse zur Vereinbarkeit von Gesetzen, welche die Vorgaben der Troika umsetzen, mit der Grundrechtecharta hingewiesen.³⁰ Ein portugiesisches Gesetz sah vor, dass die Entgelte der ArbeitnehmerInnen einer verstaatlichten Bank reduziert werden, die Vorlage fragte nach der Vereinbarkeit mit Artikel 31 GRCh. Die Beschlüsse sagen, dass der EuGH zur Beantwortung der Vorlagefragen offenkundig unzuständig ist, weil diese den erforderlichen Bezug der Gesetze zum Unionsrecht nicht darlegen. Dies trifft zu, bedeutet jedoch nicht, dass dasselbe auch zu einer besser begründeten Vorlage gesagt würde. Allerdings geht die nicht

²⁹ EuGH *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, ECLI:EU:C:2014:2197 Rz. 29.f.

³⁰ EuGH C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte*, ECLI:EI:C:2013:149; EuGH C-264/12 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, ECLI:EI:C:2014:2036; EuGH C-665/13 *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, ECLI:EI:C:2014:2327.

abschließende Beurteilung aus dem Beschluss nicht sehr deutlich hervor, was methodisch fragwürdig ist.

III. Individualarbeitsrecht

1. Nach den praktischen Konsequenzen dürfte das wichtigste Urteil zum Individualarbeitsrecht der letzten Zeit das Urteil *HK Danmark/Jette Ring* sein.³¹ Es betrifft den Begriff der Behinderung in der Diskriminierungs-Rahmen-Richtlinie 2000/78/EG und dessen Abgrenzung von Krankheit. Der EuGH sagt darin, dass „Behinderung“ auch „einen Zustand einschließt, der durch eine ... heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird, wenn diese Krankheit eine Einschränkung mit sich bringt, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist, die in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betreffenden an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit den anderen Arbeitnehmern, hindern können, und wenn diese Einschränkung von langer Dauer ist.“³² Ursache der Beeinträchtigung muss also nicht eine angeborene oder unfallbedingte Beeinträchtigung sein, sondern kann etwa auch Diabetes, eine voraussichtlich langfristige Depression oder eine symptomlose HIV-Infektion sein. Dieser Behinderungsbegriff hat nicht nur zur Folge, dass nunmehr Kündigungen oder Versetzungen wegen der Behinderungs-Krankheit am Diskriminierungsverbot zu messen sind. Praktisch noch wichtiger dürfte sein, dass die Pflichten der Arbeitgeber zu angemessenen Vorkehrungen bei Behinderung nun auch bei diesen

³¹ EuGH C-335/11 und C-337/11 *HK Danmark/Jette Ring*, ECLI:EU:C:2013:222. Vgl. z.B. Selzer, Krankheit und Behinderung im Diskriminierungsrecht, EuZA 2014, 95-107; Windisch-Graetz, Begriff der Behinderung und zumutbare Maßnahmen, Das Recht der Arbeit (Wien) 2014, 34-36.

³² EuGH *HK Danmark/Jette Ring*, ECLI:EU:C:2013:222 Rz. 34 ff.

Krankheiten eingreifen.³³ Bei Kündigung aufgrund von Fehlzeiten liegt daher auch in diesen Fällen eine Diskriminierung vor, wenn der Arbeitgeber keine ausreichenden und zumutbaren Vorkehrungen zur Anpassung der Arbeitsbedingungen an die Behinderung getroffen hat. Für Deutschland wird von manchen behauptet, das neue Urteil bringe keine Änderung der Rechtslage;³⁴ jedenfalls in anderen Mitgliedstaaten dürfte es anders sein.

Im Urteil *Chacon Navas* aus 2006 hatte der EuGH noch einen weit engeren Begriff der Behinderung vertreten,³⁵ was das neue Urteil auch andeutet. Die neue Begriffsbestimmung gewinnt der EuGH allein aus dem UN-Abkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, das der EG-Rat 2009 genehmigt hat³⁶ und welches nach Ansicht des EuGH den Begriffsgehalt verändert habe. Organe der Union sind nämlich an internationale Übereinkünfte der Union nach Art. 216 Abs. 2 AEUV gebunden, woraus der EuGH ableitet, dass diese Übereinkünfte gegenüber den Rechtsakten der Union (also dem Sekundärrecht) Vorrang haben. Es wird gesagt, dass der EuGH weitgehend die monistische Konzeption vertritt, insbesondere im Verhältnis zum Sekundärrecht.

Methodisch ist das Urteil allerdings aus zwei Gründen fragwürdig. Das Urteil und der Schlussantrag von GA *Kokott* berücksichtigen nicht, dass der Begriff der „Behinderung“ nicht nur im Sekundärrecht steht, sondern auch im

³³ Vgl. zu diesen Folgen z.B. – aus österreichischer Sicht – *Mair*, Krankheit als Behinderung, wbl 2014, 541 ff.

³⁴ So *Selzer*, EuZA 2014, 95 ff.

³⁵ EuGH C-13/05 *Chacón Navas*, ECLI:EU:C:2006:456 Rz. 43 ff. Keine Änderung sieht *Selzer*, EuZA 2014, 106.

³⁶ Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, das mit dem Beschluss 2010/48/EG des Rates vom 26. 11. 2009 (ABl. 2010, L 23, S. 35) im Namen der Europäischen Gemeinschaft genehmigt wurde.

Primärrecht, insbesondere in Artikel 19 AEUV, der Kompetenzgrundlage für die Rahmenrichtlinie. Den Inhalt dieses primärrechtlichen Begriffes kann das internationale Übereinkommen aber nicht ändern.³⁷ Das Urteil sagt daher implizit, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht durch die Kompetenzgrundlage begrenzt ist, was so verfehlt ist. Der EuGH hätte zumindest behaupten müssen, dass der Begriff der Behinderung in Art. 21 GRCh heute im Sinne der UN-Konvention auszulegen sei und in der Folge Kompetenzgrundlage und Richtlinie im Sinne der Charta. Ob dies überzeugend wäre, ist allerdings aus einem anderen Grund fraglich. Die UN-Konvention enthält keine ausdrückliche Begriffsbestimmung zu Behinderung. Der EuGH orientiert sich für den Begriffsinhalt an der Bestimmung der Konvention über deren Zweck.³⁸ Das ist methodisch zwar vertretbar, steht aber doch in Gegensatz zu der in der Lehre häufig vertretenen Auffassung, dass die Konvention den Begriff der Behinderung selbst nicht festlege.

2. Ein Urteil, das Methodenlehre geradezu lehrbuchhaft praktiziert, ist *Della Rocca* aus 2013.³⁹ Es ging um die Anwendbarkeit der Befristungs-Richtlinie auf Leiharbeitsverhältnisse. Die Präambel zur Sozialpartnervereinbarung, die Inhalt der Richtlinie ist, sagt ausdrücklich, dass sie für Leiharbeit nicht gelten solle. Nach ständiger Judikatur gehören die Erwägungsgründe, denen die

³⁷ Vgl. *Calliess/Ruffert/Schmalenbach* Art. 216 AEUV⁴ (2011) Rz. 50.

³⁸ Art. 1 Abs. 2: „Zu den Menschen mit Behinderungen zählen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können.“ Vgl. zu dieser Konvention und der Frage, ob sie eine Begriffsbestimmung von Behinderung enthält, BeckOK/Kischel GG Art. 3 Rz. 232-233.2; Kotzur/Richter in *Welke UN-Behindertenkonvention mit rechtlichen Erläuterungen* 2012, 81, 86; Mrozynski, SGB I5 (2014) § 10 Rz. 1 ff.

³⁹ EuGH C-290/12 *Della Rocca*, ECLI:EI:C:2013:235 Rz. 39. Dazu z.B. *Lembke*, Neues vom EuGH zum Befristungsschutz von Leiharbeitnehmern, NZA 2013, 815-821.

Präambel hier treffend gleichgestellt wird, aber nicht zum Normtext, und sie dürfen nicht herangezogen werden, um Bestimmungen des Rechtsakts in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich zuwiderläuft. Die Gesetzesbegründung und die darin zum Ausdruck kommende Vorstellung des Normsetzers haben danach deutlich weniger Gewicht als der Normtext.

Der Text der Richtlinie verweist zum Anwendungsbereich auf die Regelung des Mitgliedstaates zum Arbeitnehmerbegriff, schließt Leiharbeitsverhältnisse aber nicht explizit aus. Der EuGH zieht jedoch die Definition der erfassten Arbeitnehmer in § 3 des Normtextes heran, die sagt: „Person mit einem direkt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag oder -verhältnis.“ Nach dem Urteil findet die in der Präambel ausgedrückte Vorstellung im Wort „direkt“ ihren Niederschlag. Die danach mit dem Wortlaut der Norm vereinbare Herausnahme der Leiharbeit aus der Befristungs-Richtlinie wird durch zusätzliche Argumente gestützt. Erstens wird ein Gegensatz zu zwei andere Richtlinien gezogen, die Leiharbeit ausdrücklich in den Anwendungsbereich einbeziehen, also systematisch im Verhältnis zu anderen Sekundärrechtsakten interpretiert. Dies baut auf der Prämisse auf, dass das Sekundärrecht eine kohärente Rechtsordnung ist, eine keineswegs selbstverständliche Annahme, die aber nach manchen auch kontrafaktisch zugrunde gelegt werden soll.⁴⁰ Der Gegensatz hat manches für sich. Allerdings dürfte in manch anderen Fällen anders gewichtet werden, und der Gegensatz taucht in Urteilen eher selten auf.⁴¹ Zweitens soll es gegen die Anwendung der Richtlinie auf Leiharbeit sprechen, dass Leiharbeit ein „komplexes und spezifisches arbeitsrechtliches Konstrukt“ sei, die Richtlinie aber keine Bestimmung enthält, „die diese spezifischen Aspekte

⁴⁰ Vgl. *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz. 63 f. m.w.N.

⁴¹ Vgl. *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz. 62.

behandelt“. Das Argument hat manches für sich. Es dürfte jedoch nicht der generellen Linie des EuGH entsprechen, den Anwendungsbereich des Unionsrechts schon deshalb zurückzunehmen, weil das geschriebene Unionsrecht eine Frage nicht ausreichend regelt.

Schließlich legt der EuGH dar, dass sein nunmehriges Ergebnis mit einem früheren Urteil vereinbar sei, weil dieses die nun entschiedene Frage noch nicht entschieden habe. Dies zu sagen ist sehr sinnvoll, weil viele Beobachter aus Urteilen des EuGH oft weit mehr ableiten, als daraus bei distanzierter Betrachtung folgt. Da Urteile des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren für alle außer ihn selbst verbindlich sind, wären Regeln über das, was aus einem Urteil verbindlich abgeleitet werden kann, höchst wünschenswert. Leider gibt es diese Regeln noch nicht wirklich.⁴² Aus Ausführungen wie den eben erwähnten könnte man aber zumindest versuchen, solche Regeln abzuleiten. Die Freude über ein methodisch so schön begründetes Urteil wird allerdings durch die Tatsache getrübt, dass es von einer Kammer mit drei RichterInnen stammt, also in einer Rechtssache erging, die nach Einschätzung des EuGH (in der Regel auf Vorschlag des vom Präsidenten bestimmten Berichterstatters) zu den minder bedeutenden gehört.⁴³ Dafür spricht auch, dass auf Antrag der Generalanwältin keine Schlussanträge erstattet wurden, was für den Fall vorgesehen ist, dass die „Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwirft“. ⁴⁴ Überdies enthält die Leiharbeits-RL 2008/104, die

⁴² Vgl. dazu z.B. *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), *Klang*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz. 117 ff.

⁴³ Zur Zuweisung an die Spruchkörper vgl. Art. 60 der Verfahrensordnung 2012. Weder das Statut noch diese Verfahrensordnung enthalten, soweit zu sehen, eine klare Aussage zur Frage, wann eine Sache einer Kammer mit fünf oder einer mit drei Richtern zuzuweisen ist.

⁴⁴ Art. 20 des Statuts des Gerichtshofes bestimmt: Ist der Gerichtshof der Auffassung, dass eine Rechtssache keine neue Rechtsfrage aufwirft, so kann er nach Anhörung des

der EuGH erwähnt, aber mangels zeitlicher Anwendbarkeit nicht näher in den Blick nimmt, nun für die gestellte Frage relevante Regelungen. Diese führen zwar nur während der Überlassung an denselben Beschäftigten zur Anwendung der Befristungs-RL, erfordern aber im Übrigen zusätzliche Überlegungen zur Zulässigkeit wiederholter Befristungen. Methodisch kann man dann fragen, warum gerade ein praktisch so wenig bedeutendes Urteil so ausführlich begründet ist, während nicht wenige Urteile zu wichtigeren Fragen oberflächlicher argumentieren. Der Grund dürfte gerade in der geringen praktischen Bedeutung liegen. Der Urteilsentwurf, der wohl meist von Mitarbeitern der BerichterstatteIn verfasst wird, konnte hier in voller Länge Eingang in das Urteil finden. In anderen Fragen, die alle oder manche RichterInnen für wichtiger ansehen, dürfte hingegen nicht selten das zutreffen, was bei vielen Kollegialgerichten gilt, die ein gemeinsames Urteil abstimmen müssen: Die Mehrheit wird mit Abstrichen an und Brüchen in der Begründung erkaufte.

3. In den letzten Jahren gab es erstaunlich viele Urteile zum Anspruch auf Jahresurlaub, den die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 einräumt, weit mehr Urteile als zur Arbeitszeit selbst. Die Norm in Art. 7 Absatz 1 ist sehr kurz: „Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.“ Beginnend mit dem Urteil *BECTU* aus 2001 hat der EuGH dazu eine eher strenge Judikatur entwickelt, die sich primär an einem einheitlichen Anspruch auf Freistellung und Bezahlung orientiert, und erst später unter Berufung auf teleologische Erwägungen „nuanciert“, also abgeschwächt wurde.

Generalanwalts beschließen, dass ohne Schlussanträge des Generalanwalts über die Sache entschieden wird.

Seit dem Urteil *BECTU* vertritt der EuGH die Auffassung, dass die Verweisung auf das Recht der Mitgliedstaaten nur begrenzte Bedeutung habe. Sie bedeute nicht, dass „die Mitgliedstaaten die Entstehung des sich unmittelbar aus der Richtlinie ergebenden Anspruchs von irgendeiner Voraussetzung abhängig machen können.“⁴⁵ Diese von einer Fünfer-Kammer gelegte Linie wurde 2009 im Urteil *Schultz-Hoff* von der Großen Kammer bestätigt.⁴⁶ Leider sagt dieses Urteil nicht, ob die Große Kammer entschieden hat, weil ein Mitgliedstaat oder die zuerst zuständige Kammer dies so wollte. Das sehr restriktive Verständnis des Verweises wird allerdings nur mit dem Argument begründet, der Anspruch auf Jahresurlaub sei ein wichtiger Grundsatz des Sozialrechts, der nun auch in Art. 31 GRCh verankert ist. Offen ist dazu etwa, ob die Festlegung des Zeitraumes des Jahresurlaubes, in Deutschland einseitig durch den Arbeitgeber, zu den Voraussetzungen des Anspruchs zählt oder zu den Bedingungen für die Inanspruchnahme.

In der Sache sagte das Urteil *Schultz-Hoff*, dass der Anspruch auf bezahlten Urlaub zwar nicht während eines langen Krankenstands zustehen muss. Der Anspruch muss aber zustehen, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Bezugszeitraumes und bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses krankgeschrieben war; er sei dann in Geld abzugelten. Ein Verfall des Anspruchs dann, wenn der Urlaub auch in einem an den Bezugszeitraum anschließenden Übertragungszeitraum nicht konsumiert wird, dürfe aber nur vorgesehen werden, wenn der Arbeitnehmer in diesen Zeiträumen tatsächlich die Möglichkeit hatte, den Urlaub zu nehmen.

In der Lehre wurde daraus abgeleitet, der EuGH verlange, dass auch während eines jahrelangen Krankenstandes oder gar während eines jahrelang ruhenden Arbeitsverhältnisses stets neue Urlaubsansprüche

⁴⁵ EuGH C-173/99 *BECTU*, ECLI:EU:C:2001:356 Rz. 52 und 53.

⁴⁶ EuGH C-350/06 und C-520/06 *Schultz-Hoff*, ECLI:EU:C:2009:18.

entstehen. Diese Deutung hat das Urteil *KHS/Schulte* der Großen Kammer aus 2011 nicht bestätigt.⁴⁷ Vielmehr wurde dort gesagt: Ist ein Arbeitnehmer während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig, so darf seine Möglichkeit, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, durch einen angemessenen Übertragungszeitraum, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt, eingeschränkt werden. Der Übertragungszeitraum müsse aber deutlich länger als die Dauer des Bezugszeitraumes, ein Jahr, sein; konkret wurde ein Verfall nach 15 Monaten ab Ende des Bezugszeitraumes gebilligt.

Methodisch ist das Urteil *Schulte* zum einen im Hinblick auf die Bezugnahme auf die Vorjudikatur interessant. Die mögliche Deutung eines früheren Urteils, hier von *Schultz-Hoff* im Sinne eines unbegrenzten Ansammelns, wird nicht einfach verschwiegen, sondern klar benannt, um dann zu sagen, die Schlussfolgerung aus den früheren Urteilen müsse jedoch „nuanciert“ werden. Dies hebt sich vorteilhaft von nicht wenigen anderen Urteilen ab, in denen vom Gehalt früherer Urteile ohne Hinweis darauf abgegangen wird. Zum anderen ist die Begründung für die „Nuancierung“ von Interesse. Das Urteil argumentiert dazu mit dem Zweck des Urlaubsanspruches. Dieser verfolge einen doppelten Zweck, nämlich „es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen.“ Ist nun aber seit dem Zeitraum, in dem der Urlaubsanspruch entsteht, bereits ein längerer Zeitraum verstrichen, dann „fehlt dem Jahresurlaub nämlich seine positive Wirkung für den Arbeitnehmer als Erholungszeit; erhalten bleibt ihm lediglich seine Eigenschaft als Zeitraum für Entspannung und Freizeit.“ Dieser zweite

⁴⁷ EuGH C-214/10 *KHS*, ECLI:EI:C:2011:761 Rz. 28 ff. Dazu z.B. *Rudkowski*, EuZA 2012, 381-390.

Aspekt allein kann aber nach dem Urteil das Weiterbestehen des Anspruchs nicht begründen. Ich finde das überzeugend. In der Folge hat das Urteil *Heimann* gesagt, dass Zeiten vollständiger Kurzarbeit keinen Urlaubsanspruch begründen müssen,⁴⁸ soweit der Urlaubsanspruch pro rata temporis nach Zeiten von Arbeitsleistung und Kurzarbeit berechnet wird. Kurzarbeit könne nämlich dem Fall der krankheitsbedingten Abwesenheit nicht gleichgestellt werden. Gleiches könnte wohl bei vereinbarter Karenzierung des Arbeitsverhältnisses gelten; das BAG hat allerdings dafür jüngst das Entstehen des Urlaubsanspruches ohne Arbeitsleistung bejaht.⁴⁹ Die strenge Linie, wonach das nationale Recht den Anspruch auf bezahlten Urlaub nicht einschränken darf, hat das Urteil *Bollacke* aus 2014 fortgesetzt.⁵⁰ Es ging um die Frage, ob ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung bestehen muss, wenn das Arbeitsverhältnis durch Tod vor Verbrauch des Urlaubs geendet hat. Das Urteil der Ersten Kammer bejaht dies, und führt dafür den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 an: „Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.“ Allerdings folgt das Behauptete daraus nicht unmittelbar, weil der Wortlaut nicht sagt, dass bei jeder Beendigung eine Vergütung gebührt. Entscheidender ist daher das zweite Argument, wonach der Anspruch auf Bezahlung des Urlaubs schon nach der bisherigen Judikatur integraler und wohl gleichgewichtiger Teil des Urlaubsanspruches ist. Daher kann das Urteil sagen, ein finanzieller Ausgleich bei Tod des Arbeitnehmers sei unerlässlich, um die praktische Wirksamkeit des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub sicherzustellen. Andernfalls würde nämlich „ein unwägbares, weder vom Arbeitnehmer noch vom Arbeitgeber

⁴⁸ EuGH C-229/11 *Heimann & Toltschin*, ECLI:EI:C:2012:693 Rz. 26 ff.

⁴⁹ BAG 6.5.2014 - 9 AZR 678/12. Der Anspruch wird aber nur aus dem deutschen Recht begründet; ferner wird treffend gesagt, dass das Unionsrecht dem nicht entgegensteht.

⁵⁰ EuGH C-118/13 *Bollacke*, ECLI:EI:C:2014:1755.

beherrschbares Vorkommnis rückwirkend zum vollständigen Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub“ führen. Die praktische Wirksamkeit wird hier ins Treffen geführt, um zu sagen, dass die ArbeitnehmerInnen den Anspruch auf Urlaub bereits verdient haben, dieser daher auch den Erben zugutekommen soll. Im nationalen Recht würde dies als ganz normales teleologisches Argument gesehen werden – man sollte auch im Unionsrecht für solche Aussagen nicht den *effet utile* bemühen. Man kann vermuten, dass überdies ein nicht genannter Aspekt bei diesem Urteil eine Rolle gespielt hat. Falls der/die BerichterstatterIn dies wünscht, wird im EuGH ein Überblick über die Rechtslage in den Mitgliedstaaten erstellt. Insbesondere bei Fragen, bei denen Rechtsvergleichung ein klares Bild ergeben kann, dürfte deren Ergebnis für die Urteilsfindung auch relevant sein. Für die im Urteil *Bollacke* gestellte Frage lässt sich rechtsvergleichend leicht ein Meinungsbild ausmachen: viele Mitgliedstaaten geben bei Tod des Arbeitnehmers einen Anspruch auf Abgeltung.

Mehrere Urteile mussten sich mit dem Ausmaß des Urlaubsanspruches bei Wechsel von Vollzeit- zu Teilzeitbeschäftigung befassen.⁵¹ Sie laufen wohl – im Sinne der Einheitstheorie – auf ein Beibehalten der bezahlten Urlaubstage hinaus, und dürften im Ergebnis überzeugen. Die Begründung tut dies nicht, weil sie zu abstrakt bleibt⁵² und nicht auch den Wechsel von Teil- zu Vollzeitarbeit einbezieht. Da die Materie sehr technisch ist, sei hier darauf nicht näher eingegangen.

⁵¹ EuGH C-486/08 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, ECLI:EI:C:2010:215 Rz. 32; EuGH C-415/12 *Brandes*, ECLI:EI:C:2013:398; EuGH C-277/08 *Pereda*, ECLI:EI:C:2009:542.

⁵² Anschaulich wäre etwa der Hinweis auf den Fall, dass nun zwei Halbtagsbeschäftigungen ausgeübt werden.

IV. Arbeitnehmerbegriff

Die Ausführungen zu Urteilen beschließe ich mit einem Blick auf Urteile zum Arbeitnehmerbegriff im Arbeitsrecht. Aus den letzten Jahren gibt es dazu nur drei Urteile:⁵³ *Danosa* aus 2010, *O'Brien* aus 2012 und *Haralambidis* aus 2014.⁵⁴ Der EuGH betont wiederholt, dass die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängt.⁵⁵ In der Regel ist er aber jeweils autonom und unionseinheitlich auszulegen. Die Unterschiede je nach Anwendungsbereich sind allerdings im Bereich der Freizügigkeit und des Arbeitsrechts nicht sehr bedeutend. Im Wesentlichen geht es hier stets um dieselben Kriterien. Der EuGH hat diese zuerst zur Arbeitnehmerfreizügigkeit vertreten und später auf Diskriminierungsrecht und arbeitsrechtliche Richtlinien übertragen. Seit dem Urteil *Lawrie-Blum* aus 1986 wird stets gesagt: „Das Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“⁵⁶ Der EuGH spricht dazu von „Abhängigkeitsverhältnis“.⁵⁷

Methodisch ist dazu fraglich, wie der EuGH zu diesem Kriterium kommt. Wie viele Mitgliedstaaten kennt auch das Unionsrecht keine Definition des

⁵³ Vgl. dazu z.B. *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht (2011); *Rebhahn*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts, EuZA 2012, 3-34.

⁵⁴ EuGH C-232/09 *Danosa*, ECLI:EI:C:2010:674; EuGH C-393/19 *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110; EuGH C-270/13 *Haralambidis*, ECLI:EI:C:2014:2185. Zum Urteil *Danosa* vgl. z.B. *Schubert*, EuZA 2011, 362-371; zum Urteil *O'Brien* vgl. z.B. *Uffmann*, Der Richter als pensionsloser Tagelöhner, EuZA 2012, 518-528.

⁵⁵ ZB EuGH *Haralambidis*, ECLI:EI:C:2014:2185 Rz. 30.

⁵⁶ Z.B. EuGH *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110 Rz. 28.

⁵⁷ Z.B. EuGH *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110 Rz. 29.

Arbeitnehmerbegriffes. Da auch die früheren Urteile nicht auf nationale Begriffsverständnisse verweisen, schöpft der EuGH prima facie aus einer Wesensschau. Treffender dürfte aber eine andere Deutung sein, nämlich dass der EuGH den Begriff 1986 unter Rückgriff auf den Kern des in den damaligen Mitgliedstaaten anzutreffenden Begriffsverständnisses gebildet hat. Man kann dies sowohl als Rückgriff auf intragemeinschaftliche Rechtsvergleichung deuten als auch als eine Auslegung im Sinne der sprachphilosophischen These, dass sich die Bedeutung eines Wortes aus dessen Gebrauch ergebe. Das Ergebnis ist sachangemessen. Allgemein kann man sagen, dass es methodisch angemessen ist, bei autonomer Begriffsbildung vom üblichen Begriffsverständnis zumindest auszugehen, weil der Unionsgesetzgeber seine Begriffe nicht im luftleeren Raum setzt. Diese Feststellung mag banal klingen. Ihre Bedeutung zeigt sich jedoch bei im Unionsrecht neuen Begriffen, etwa der Solidarität. Dazu kann man die in Politik, Gesellschaft und Wissenschaft vorhandenen Versuche diesen Begriff zu deuten nicht als für das Unionsrecht wenig relevant ansehen, weil der Begriff doch autonom auszulegen sei. Damit würde das Konzept autonomer Begriffsbildung verkannt, weil es die Auslegung nur von den konkreten nationalen Vorstellungen löst, aber nicht von dem gedanklichen Kontext, der mit einem Begriff verbunden ist. Allgemein wäre es angebracht, wenn der EuGH den Rekurs auf ein mehr oder weniger gemeinsames Verständnis stets explizit macht.

Zurück zum Arbeitnehmerbegriff. Fraglich ist, wann das für die Arbeitnehmereigenschaft zentrale Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. In vielen Mitgliedstaaten wird dafür auf die organisatorische Unterordnung abgestellt, vor allem in Bezug auf Arbeitszeit und Arbeitsort. Die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitseinkommen und die Risikoverteilung im Vertrag

spielen dort eine vergleichsweise geringere Rolle.⁵⁸ Einige andere Staaten messen diesen Elementen hingegen größere Bedeutung zu. Auch in den Urteilen des EuGH steht die organisatorische Unterordnung klar im Vordergrund. Auf die fehlende Selbstbestimmung bei Arbeitszeit und Arbeitsort hat hingegen lange Zeit nur ein Urteil abgestellt, das Urteil *Allonby*, aus 2004 zum Diskriminierungsrecht.⁵⁹ Das Urteil *O'Brien* greift nun darauf zurück. Es ging um britische TeilzeitrichterInnen. Für die Arbeitnehmereigenschaft ist danach – auch – „die Art und Weise, in der ihre Arbeit organisiert ist, zu berücksichtigen.“ Für die Arbeitnehmereigenschaft spreche es daher, dass auch von diesen „Richtern erwartet wird, dass sie zu bestimmten Zeiten und während bestimmter Zeiträume arbeiten, auch wenn sie sich ihre Arbeit mit größerer Flexibilität einteilen können als Angehörige anderer Berufe.“⁶⁰

Allerdings ist die Organisation der Arbeit nicht das alleinige Kriterium, und nach den beiden anderen Urteilen muss man sogar fragen, ob es im Grenzbereich das wesentliche Kriterium ist. Im Urteil *Danosa* ging es um die Kündigung der Geschäftsführerin einer lettischen Kapitalgesellschaft, die wohl aus Anlass der Schwangerschaft erfolgte; gefragt war, ob Frau Danosa unter die Mutterschutzrichtlinie fällt. Im Urteil *Haralambidis* ging es um die Frage, ob für das Amt des Präsidenten einer italienischen Hafenbehörde die italienische Staatsbürgerschaft verlangt werden darf, also eine Frage zur Freizügigkeit Erwerbstätiger.

⁵⁸ Vgl. dazu z.B. *Rebhahn*, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, 154-175.

⁵⁹ EuGH C-256/01 *Allonby*, ECLI:EI:C:2004:18 Rz. 72.

⁶⁰ EuGH *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110 Rz. 45.

In beiden Urteilen kam es letztlich auf die „Modalitäten der Ernennung und der Abberufung“⁶¹ an. Im Urteil *Haralambidis* wurde das Abhängigkeitsverhältnis aus folgenden Gründen bejaht:⁶² Ernennung für eine feste Amtszeit; Möglichkeit der Amtsenthebung, wenn der betriebliche Dreijahresplan nicht genehmigt wird, das Unternehmen ein Defizit ausweist, bei erheblichen Unregelmäßigkeiten bei der Verwaltung, oder wenn der Präsident nicht die Grundsätze der Loyalität und Zusammenarbeit achtet, weil er fachliche Weisungen nicht befolgt; ferner übt der Minister Kontrollbefugnisse aus, indem er manche Entscheidungen des Präsidenten genehmigt, wie Haushaltsvoranschlag und Jahresabschluss. In eine ähnliche Richtung ging schon das Urteil *Danosa*. Das Urteil *Haralambidis* fügt zumindest noch hinzu: Das Amt des Präsidenten weise daher „nicht die Merkmale auf, die typischerweise mit dem Bild eines eigenständigen Dienstleisters verbunden sind, d. h. freiere Wahlmöglichkeiten bezüglich der Art der auszuführenden Arbeiten und Aufgaben, der Modalitäten der Ausführung dieser Aufgaben bzw. Arbeiten, der Arbeitszeiten und des Arbeitsorts sowie des Einsatzes eigenen Personals.“

Beide Urteile stellen wesentlich darauf ab, dass die Dienste leistende Person bestellt wird und abberufen werden kann, in wichtigen fachlichen Fragen nicht frei entscheiden kann sowie in diesen Fragen kontrollunterworfen und rechenschaftspflichtig ist. Die bei uns im Vordergrund stehenden Elemente der persönlichen Abhängigkeit, nämlich die Fremdbestimmung bei Arbeitszeit, Arbeitsort und arbeitsbezogenem Verhalten, die Kontrollunterworfenheit dazu sowie die laufende Einordnung in eine fremde Arbeitsorganisation spielen hingegen nur eine untergeordnete Rolle, weil sich

⁶¹ Formulierung aus EuGH *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110 Rz. 45.

⁶² EuGH *Haralambidis*, ECLI:EI:C:2014:2185 Rz. 31-33.

die Arbeitnehmereigenschaft offenbar schon aus dem ersten Elementen allein ergeben kann.

Methodisch ist bei beiden Urteilen bemerkenswert, dass der EuGH seine Auffassung zu den relevanten Elementen überhaupt nicht begründet, auch nicht mit Zweckargumenten, sondern nur offenbart.⁶³ Ich habe zum Urteil *Danosa* noch vertreten, dass dieses Urteil aufgrund seiner mangelhaften Begründung eher als Sonderfall angesehen werden sollte.⁶⁴ Dahinter stand die allgemeine Auffassung, dass man Urteile des EuGH nicht stets so lesen sollte wie deutsche Urteile, die auf systematische Argumentation angelegt sind, sondern eher als fallbezogene Aussage, aus der sich allgemeine Erwägungen unter Umständen erst langsam entwickeln.⁶⁵ Das Urteil *Haralambidis* zeigt allerdings, dass das Bejahen der Arbeitnehmereigenschaft aufgrund von Elementen, die mit den traditionellen Elementen eher wenig zu tun haben, offenbar neue Judikaturlinie ist. Sie dürfte dann im Arbeitsrecht (tendenziell) nicht nur zum Mutterschutz relevant sein. Die praktische Bedeutung ist wohl evident. Folgt man den Erwägungen von *Haralambidis* und *Danosa*, dann fallen Geschäftsführer einer GmbH und Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft stets unter den Arbeitnehmerbegriff des Unionsrechts. Zum deutschen Arbeitsrecht wird die

⁶³ Die weite Auffassung zum Arbeitnehmerbegriff wäre jedenfalls im Urteil *Haralambidis* für das Ergebnis gar nicht erforderlich gewesen. Das Urteil legt treffend dar, dass die italienische Staatsbürgerschaft nicht Voraussetzung sein darf. Dieses Ergebnis wäre ebenso begründbar gewesen, wenn man die Frage zur Niederlassungsfreiheit behandelt hätte (was die Vorlage auch tat).

⁶⁴ *Rebhahn*, Arbeitsrecht, in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre § 18 Rz. 48.; Aus dem Urteil *Danosa* wurde in Deutschland zum Teil nur eine Änderung im Bereich des Mutterschutzes gefolgert; so wohl *Schubert*, EuZA 2011, 368 f.

⁶⁵ *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB.

Arbeitnehmereigenschaft der Fremdgeschäftsführer hingegen bislang weitgehend verneint.⁶⁶ Dies wird sich im Arbeitsrecht nun nicht nur für die Mutterschutzrichtlinie ändern müssen.

Erwähnenswert ist ferner eine Passage aus dem Urteil *O'Brien*: „Außerdem ist festzustellen, dass Richter nach dem Vorlagebeschluss Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Mutterschafts- bzw. Vaterschaftsgeld und ähnliche Leistungen haben.“⁶⁷ Als Argument für die Arbeitnehmereigenschaft wird also die rechtliche Gleichstellung mit ArbeitnehmerInnen im nationalen Recht verwendet. Je mehr ein nationales Recht Arbeitnehmerähnliche den ArbeitnehmerInnen gleichstellt, desto eher können sie daher unter den unionalen Arbeitnehmerbegriff fallen.

Manche Richtlinien verweisen für ihren Anwendungsbereich auf die nationale Begriffsbildung. So sagt etwa die im Urteil *O'Brien* relevante Teilzeit-Richtlinie, sie gelte „für Teilzeitbeschäftigte, die nach den Rechtsvorschriften ... oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen.“ Allerdings schränkt schon Erwägungsgrund 16 dies ein. Er besagt, die Richtlinie überlasse die Definition den Mitgliedstaaten, „vorausgesetzt, diese Definitionen entsprechen inhaltlich der Rahmenvereinbarung.“ Daran knüpft das Urteil an, wenn es sagt, das nationale Recht dürfe bestimmte Gruppen nur dann aus dem Arbeitnehmerbegriff herausnehmen, „wenn das in Rede stehende Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das zwischen den Beschäftigten, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der ArbeitnehmerIn gehören, und ihren Arbeitgebern besteht, da andernfalls

⁶⁶ Vgl. z.B. Erfurter Kommentar/*Preis*, BGB § 611 Rz. 137. Eine Neuorientierung in dieser Frage verlangt denn auch *Maties*, Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts, in Festschrift Rolf Wank (2014), S. 321 ff.

⁶⁷ EuGH *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110 Rz. 46.

dieser Ausschluss als willkürlich zu betrachten wäre.“⁶⁸ Der EuGH führt für diese naheliegende Auslegung, die letztlich auf den Gleichheitssatz und Kohärenz verweist,⁶⁹ auch die praktische Wirksamkeit des Gleichbehandlungsgebotes zugunsten der Teilzeitbeschäftigten an.

Dies gibt Anlass, kurz auf den *effet utile* als Topos zur Ermittlung des Inhalts der Verhaltensnormen des Unionsrechts einzugehen.⁷⁰ Dazu ist es sinnvoll, mehrere Intensitätsstufen dieses Auslegungsargumentes zu unterscheiden.⁷¹

(1) Die Norm soll relevant sein; (2) der Bezugspunkt des *effet utile*, also Zweck oder Funktion der Norm, soll beachtet werden, aber (nur) neben anderen Argumentationsmitteln; (3) der Bezugspunkt soll so weit wie möglich verwirklicht werden, die Sorge um die praktische Wirksamkeit schiebt also andere Auslegungsargumente beiseite. Nur bei der zweiten Stufe wird der *effet utile* wie ein „normales“ Argument verwendet. Jedenfalls die dritte Stufe, wohl auch die zweite, ist kein Argument zum Zweck der konkreten Regelung, sondern ein Argument nur zur Wirkungskraft des Unionsrechts.

Das Urteil *O'Brien* verwendet den *effet utile* als eher schwaches Argument. Die Auffassung, dass der nationale Gesetzgeber bei der Abgrenzung der Arbeitnehmergruppen im Wesentlichen dieselben Kriterien wie sonst verwenden soll, legt schon der Wortlaut der Richtlinie nahe. Überdies deutet

⁶⁸ EuGH *O'Brien*, ECLI:EI:C:2012:110 Rz. 42.

⁶⁹ Treffend *Uffmann*, EuZA 2014, 526 ff.

⁷⁰ Vgl. dazu z.B. *Tichy/Potacs/Dombrovsky* (Hrsg.), *Effet utile* (2014); *Rebhahn*, *Auslegung und Anwendung des Unionsrechts*, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), *Klang*³ Nach §§ 6, 7 ABGB Rz. 96 ff.

⁷¹ Vgl. *Potacs*, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, EuR 2009, 465–487; *Rebhahn*, *Effet utile – Towards a general principle of law?*, in *Tichy/Potacs/Dombrovsky* (Hrsg.), *Effet utile* (2014), S. 147 ff.

Erwägungsgrund 16 dahin, dass der nationale Gesetzgeber bei der Abgrenzung nicht inkohärent sein darf. Das Argument der praktischen Wirksamkeit dient daher hier nicht dazu, die anderen Auslegungsargumente beiseitezuschieben. Die Berufung auf die praktische Wirksamkeit wäre für das Ergebnis wohl gar nicht erforderlich gewesen. Dies trifft auch in manch anderen Urteilen zu. Der EuGH sollte dieses Argument nur (mehr) verwenden, wenn es zum Erreichen des Ergebnisses wirklich beiträgt.

V. Methodenlehre des Unionsrechts: Anmerkungen zu Lage und Anforderungen⁷²

1. Der Blick auf einige neuere ausgewählte Urteile bietet ein sehr gemischtes Bild, das gleichwohl hoffentlich repräsentativ ist. Neben Urteilen, die methodisch überzeugen, finden sich Urteile, die methodisch fragwürdig bis verfehlt erscheinen, was aber nicht immer bedeutet, das auch das Ergebnis fragwürdig oder verfehlt sein muss, weil eine alternative überzeugendere Begründung möglich wäre. Manche Beobachter meinen, Urteile zum Individualarbeitsrecht seien häufig überzeugender begründet als jene zum Kollektivarbeitsrecht. Dies sei darauf zurückzuführen, dass viele RichterInnen und Mitarbeiter des EuGH von ihrem nationalen Hintergrund her nur wenig Bekanntschaft mit Fragen des Kollektiven Arbeitsrechts hätten. Es gibt beim EuGH auch keine feste Geschäftsverteilung und auch sonst keine Vorkehrungen für eine Spezialisierung der Kammern oder RichterInnen. Allerdings haben mehrere der hier erwähnten Urteile denselben Berichtersteller, nämlich jene zum Urlaubsrecht und zu *AMS*.⁷³ Die

⁷² Vgl. zum Folgenden *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), *Klang*³ Nach §§ 6, 7 ABGB, insb. Rz. 1-29, 125 ff. m.w.N.; *ders.*, Zur Methodenlehre des Unionsrechts, in FS Rolf Wank (2014), S. 429 ff.

⁷³ Die Urteile *Alemo* und *Gewerkschaftsbund* hatten hingegen jeweils andere Berichtersteller.

Bedeutung der Berichterstatter darf aber auch nicht überschätzt werden, weil diese ihre Auffassung im Spruchkörper nicht notwendig durchsetzen.

Der Maßstab für die Qualität eines Gerichtsurteils ist primär die Qualität des Ableitungszusammenhanges, auch wenn nicht wenige Beobachter aus der Wissenschaft Urteile primär danach beurteilen, ob sie mit ihren rechtspolitischen Präferenzen übereinstimmen. Misst man die Urteile anhand des Ableitungszusammenhanges, so lassen nicht nur einzelne, sondern eine größere Zahl zu wünschen übrig.

Sicher verwendet der EuGH die traditionellen Auslegungsmittel (was auch sonst). Überzeugend ist eine Ableitung aber nur, wenn alle Mittel, die konkret in Betracht kommen, eingesetzt werden, diese überdies überzeugend verwendet werden, auch unter Bedachtnahme auf alternative Normhypothesen, und schließlich bei unterschiedlichem Ergebnis der einzelnen Mittel die Präferenz für das eine oder andere auch begründet wird. In den letzten Jahren erfüllt eine zunehmende Zahl von Urteilen diese Anforderungen in zunehmendem Ausmaß, viele tun dies allerdings noch nicht ausreichend. Jedenfalls in den neueren Urteilen zum Privatrecht kann man überdies eine verstärkte Orientierung am Wortlaut feststellen, allerdings unterscheidet der EuGH zumindest verbal nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, sondern versteht auch letztere als Auslegung,⁷⁴ sodass die Wirkungsmächtigkeit des Normtextes stets in Schwebe bleibt. Aus der Sicht der Methodenlehre der deutschsprachigen Länder erstaunt insbesondere das weitgehende Fehlen von Überlegungen zur Analogie, die den Entscheidungsraum des Gerichtes ja nicht nur erweitern, sondern auch wenn nicht primär disziplinieren sollen. Im Buch von *Kramer* zur Methodenlehre⁷⁵ ist der Analogie etwa ein Sechstel des Textes gewidmet, beim EuGH taucht

⁷⁴ Z.B. *Neuner* in *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre § 13 Rz. 2 m.w.N.

⁷⁵ *Kramer*, Juristische Methodenlehre⁴ (2013).

der Begriff zu den Normen nur in zwei Urteilen auf, und strukturell ähnliche Überlegungen zur Auslegung im Lichte des Gleichheitssatzes sind selten.⁷⁶ Weit häufiger wird der Begriff analog hingegen in vielen anderen Sprachfassungen (z.B. by analogy, par analogie, per analogia, por analogia, naar analogie, zob. analogicznie, analogt)⁷⁷ verwendet, wenn es darum geht auf ein Urteil zu verweisen, das auch nach Auffassung des EuGH die nun anstehende Rechtsfrage nicht genau trifft. (Vor allem) die deutsche Fassung vermeidet hier „Analogie“ und sagt stattdessen „entsprechend Urteil ...“. Allerdings gibt es, wie gesagt, noch keine klaren Regeln, was unter welchen Voraussetzungen aus einem früheren Urteil abgeleitet werden kann.⁷⁸

Die Tatsache, dass in nicht wenigen Urteilen ein überzeugender Ableitungszusammenhang fehlt, hat mehrere Ursachen. Erstens ist das Unionsrecht noch eine unvollständige Rechtsordnung, sodass häufig Hintergrund und Kontext fehlen, auf die nationalen Urteile zurückgreifen können. Zweitens kommen die RichterInnen aus verschiedenen Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Traditionen nicht nur zur Ableitung von Urteilen aus dem Gesetz, sondern schon zur Stellung der Gerichte im Verhältnis zum Gesetz und damit zur Rechtsfindung durch Gerichte. Dazu kommt speziell zum Privat- und Arbeitsrecht, dass nur wenige RichterInnen vor ihrer Berufung mit diesen Materien befasst waren; nicht wenige waren vorher nicht als Richter tätig. Drittens lässt die legistische Qualität der Unionsrechtsakte häufig zu wünschen übrig. Insbesondere sind die

⁷⁶ Vgl. *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB, Rz. 88 ff.

⁷⁷ Vgl. z.B. EuGH C-403/08 *Football Association Premier League* ECLI: ECLI:EU:C:2011:631 Rz. 81.

⁷⁸ Vgl. *Rebhahn*, Auslegung und Anwendung des Unionsrechts, in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg.), Klang³ Nach §§ 6, 7 ABGB, Rz. 114 ff.

Bestimmungen nicht selten entweder sehr abstrakt oder sehr konkret und treffen nicht das passende Mittel.

Trotz dieser ungünstigen Rahmenbedingungen wäre es aber in vielen Fällen möglich, die Entscheidungen besser zu begründen. Auch für diese Lücke gibt es mehrere Ursachen. Eine Ursache scheint mir zu sein, dass viele Beobachter aus der Wissenschaft Urteile des EuGH lange Zeit nicht mit denselben Maßstäben gemessen haben wie Urteile nationaler Gerichte, sondern ihnen eher mit Deferenz bis apologetisch begegnet sind, also nicht auch überzeugende Begründungen erwartet und sich mit der Exegese des Gesagten begnügt haben. Fehlende Methodenkritik lässt das Gericht in dem Glauben, methodisch sei nichts kritikwürdig. Eine andere Ursache dürfte sein, dass die Bereitschaft zugenommen hat, Entscheidungen von Gerichten politisch als zumindest ebenso legitim anzusehen wie Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Allgemein mag dies auf einen Ansehensverlust der Politik zurückzuführen sein, auf Unionsebene überdies auf das vielseitig behauptete Demokratiedefizit der Unionsgesetzgebung. Schließlich dürften manche RichterInnen ihre Aufgabe vielleicht mehr politisch denn rechtlich deuten, sodass sie auf rechtliche Argumentation weniger Wert legen.

Insgesamt kann man wohl sagen, dass die intrinsische, durch einen Ableitungszusammenhang begründete Überzeugungskraft der Urteile des EuGH im Durchschnitt hinter dem zurückbleibt, was in manchen Mitgliedstaaten üblich ist und erwartet wird. Faktisch kann man dazu sagen, dass die Angleichung der Lebensbedingungen in der EU erstens nicht immer nur nach oben erfolgen wird und dies zweitens auch die Rechtskultur betreffen kann.

2. Erlauben Sie mir nun noch einige Anmerkungen zu den Anforderungen an die Methodenlehre des Unionsrechts. Es handelt sich dabei um einen zentralen Aspekt der Verfassung der Rechtsgemeinschaft.⁷⁹ Die entscheidende Frage dazu ist, inwieweit im Unionsrecht der Primat des geschriebenen Rechts gilt, also der Vorbehalt oder zumindest Vorrang des Gesetzes. Viele Vertreter der Rechtstheorie sagen uns nun, durchaus überzeugend, dass generelle Normen die Entscheidung eines Gerichts auch in der Rechtsfrage nie vollständig vorherbestimmen können. Diese Einsicht lässt allerdings offen, wie sehr das Gericht sich von der Norm beeinflussen lässt. Aus den Verträgen folgt zur Frage des Primats (nur), dass die Mitgliedstaaten (einschließlich deren Gerichte) und die anderen Unionsorgane neben dem Gerichtshof an das geschriebene Unionsrecht gebunden sind. Dieser Gerichtshof ist durch Art. 19 Abs. 1 EUV zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“ berufen. Nach verbreiteter Auffassung verwirklichen die Verträge nicht ein Modell der Gewaltenteilung (wie es der Gesetzesbindung der Gerichte zugrunde liegt), sondern ein Modell der „Gewaltengliederung“,⁸⁰ was immer dies heißen mag. Im Ergebnis nimmt der EuGH für sich in Anspruch, Unionsrecht über das Primär- und Sekundärrecht hinaus und auch gegen deren Text zu schaffen. Dies wird allerdings nicht deutlich, weil der EuGH, wie gesagt, sprachlich nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet.

Die Verträge und damit die Verfassung der Union verpflichten aber nun auch die Organe der Union auf den Rechtsstaat, die Rule of Law (Art. 2 EUV). Sie

⁷⁹ Auf diesen Verfassungsaspekt weist etwa *Rüthers* wiederholt hin, zuletzt *Rüthers*, Die heimliche Revolution – Vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014).

⁸⁰ *Callies/Ruffert/Callies*, EUV⁴ (2011) Art. 13 Rz. 18; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht § 7 Rz. 8 ff. *Schwarze/Hatje*, EUV⁴ (2013) Art. 13 Rz. 32 spricht von „modifiziertem Gewaltenteilungsmodell“.

konkretisieren dies auch und insbesondere durch Bestimmungen die vorsehen, dass das Recht der Union durch geschriebenes Recht – Verträge und Sekundärrecht – gesetzt wird. Daraus geht implizit, aber deutlich, wenn nicht eindeutig hervor, dass das Unionsrecht in erster Linie durch das geschriebene Recht gesetzt wird, also nicht durch ein Gericht in freier Rechtsfindung. Die vielen Bestimmungen zu Kompetenzen und Rechtssetzung sowie die Akte der Rechtssetzung selbst können nicht durch die Berufung auf eine einzige Bestimmung, Art. 19 AEUV, verdrängt werden, die das Behauptete zudem nicht einmal ansatzweise klar zum Ausdruck bringt. Die Verfassung der Union verpflichtet also zu einer grundsätzlich normativen Art des juristischen Denkens, und spricht sich gegen eine Entscheidungsfindung durch Dezision oder konkretes Ordnungsdenken, etwa zum Binnenmarkt oder nun zu Solidarität, aus. Auch der EuGH ist daher durch die Verfassung der Union zur gebührenden Achtung des geschriebenen Unionsrechts verpflichtet. Eine Achtung, die nicht durch eine – treffende oder gar unzutreffende – Berufung auf frühere Entscheidungen als Vorjudikatur überspielt werden kann. Entscheidungen, die dies außer Acht lassen, sollten von der Wissenschaft nicht bloß fragwürdig, sondern nicht überzeugend und verfehlt genannt werden. Die Auffassung von *Kramer* zur „traditionellen“ Methodenlehre, dass es außerhalb einer Bandbreite vertretbarer Auffassungen „einen – weit größeren – Bereich objektiv ‚unvertretbarer‘ Interpretationen“ gibt,⁸¹ sollte auch für das Unionsrecht Geltung haben. Die Orientierung am geschriebenen Recht schließt nicht aus, dass das Höchstgericht in manchen Fragen das Recht fortbildet. Allerdings nimmt der Bedarf dazu mit zunehmender Dichte des Unionsrechts ab. Insbesondere das Inkrafttreten der Grundrechtecharta bietet heute einen ausreichenden Ansatzpunkt für Weiterentwicklung, allerdings nur nach Maßgabe von deren Bestimmungen.

⁸¹ *Kramer*, Juristische Methodenlehre⁴ S. 336.

Die zentrale rechtsstaatliche Anforderung an die Entscheidungen des Gerichtshofes ist dann der ausreichende Ableitungszusammenhang, die ausreichende Begründung. Art. 296 AEUV und wohl auch Art. 47 GRCh verpflichten die Unionsorgane zur Begründung ihrer Entscheidungen, und die Anforderungen, die der EuGH daraus für andere Organe einschließlich der Gerichte gewinnt, müssen auch für ihn selbst gelten, auch und gerade in wichtigen Fragen. Dabei ist es durchaus möglich, gewisse Unterschiede zwischen Primärrecht, das in vielen Fragen dem Verfassungsrecht entspricht, und dem Sekundärrecht zu machen, weil die Bestimmungen des Sekundärrechts weit detaillierter sind, und auch in vielen Mitgliedstaaten die Methoden der Verfassungsinterpretation von jenen der Auslegung einfachen Gesetzesrechts abweichen. Das Erfordernis einer ausreichenden Begründung gilt aber für beide Bereiche, soll es im Bereich des Rechtsstaates nicht nur zu einer Angleichung, sondern zu einer Angleichung „auf dem Wege des Fortschritts“⁸² kommen.

⁸² Vgl. – in anderem Zusammenhang – die Formulierung in Art. 151 Abs. 1 AEUV.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Moritz Brinkmann LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Jens Koch
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftenreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007

- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010

- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amttenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruoff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012

- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012
- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuring, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22. Europa-Symposium – Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Grundfragen der Europäischen Union, 2012
- Nr. 200/1 Thym/Daniel, Becker/Ulrich, Tichý/Luboš
Die Entwicklung der Union zu einem „sozialen Europa“
- Nr. 200/2 Schieman/Konrad, Grabenwarter/Christoph,
Breitenmoser/Stephan
Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen (EMRK,
Grundrechte-Charta, Allgemeine Rechtsgrundsätze)
und ihre Interpretation
- Nr. 200/3 Neumann/Manfred, Stark/Jürgen, Seidel/Martin
Die Zukunft der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion
- Nr. 201 Roberth Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012
- Nr. 202 Peter-Christian Müller-Graff, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union, 2012
- Nr. 203 Walter Bayer, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2012

- Nr.204 Torsten Körber, Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik, 2013
- Nr. 205 Ulrich Schlie, Europa als Sicherheitspartner der Vereinigten Staaten - Perspektiven für NATO und EU sowie innerstaatliche Konsequenzen für politisches Handeln in Deutschland, 2012
- Nr. 206 Rüdiger Stotz, Effektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union, 2013
- Nr. 207 Viktoria Kickinger, Die fabel – hafte Welt des Aufsichtsrats, 2013
- Nr. 208 Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, 2014
- Nr. 209 Peter Hilpold, Unionsbürgerschaft- Entwicklung und Probleme, 2014