

Nr. 201

Robert Rebhahn

Entwicklungen im Arbeitsrecht der EU

2012

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 201

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Robert Rebhahn

Professor an der Universität Wien

Entwicklungen im Arbeitsrecht der EU

Referate im Rahmen des Symposiums
„Rechtsfragen des Europäischen Integration“

Bonn, den 10. Dezember 2012

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

1. Mesoebene - Grundrechtecharta	1
1. Allgemeines	1
2. Zur Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten	4
3. Zu Privatwirkung und Inhalt einiger Bestimmungen	7
2. Mikroebene	11
1. Gesetzesvorhaben	11
2. Neuere Rechtsprechung	12
3. Makroebene	25
1. Konstitutionalisierung	26
2. Fiskalpakt und Wirtschaftsunion: Hin zum Individualismus?	28
3. Zurück zum Kollektivismus?	31

Die Entwicklung eines Rechtsgebietes, auch des Arbeitsrechts, erfolgt auf mehreren Ebenen. Die Mikroebene betrifft das Alltagsgeschäft der Einzelfragen. Vor allem die Judikatur, hier insb. jene des EuGH, konfrontiert uns laufend mit Urteilen zu mehr oder weniger bedeutenden Fragen. Auch Änderungen von Normen begrenzter Reichweite zählen zu dieser Ebene. Zur Mesoebene gehören Rechtsänderungen welche die Struktur des Gebietes tangieren und verändern. Schließlich gibt es die Makroebene, den Rahmen des Rechtsgebietes, den das Gesamtsystem bildet. Die Makroebene beeinflusst die großen Linien für die Entwicklung eines Rechtsgebietes. Ich gliedere meinen Überblick nach den drei Ebenen und beginne mit der Mesoebene, weil sie die derzeit juristisch wichtigste ist.

Mesoebene - Grundrechtecharta

Die wichtigste neuere Entwicklung auf der Mesoebene ist das Inkrafttreten der Grundrechtecharta Ende 2009. Sonst gibt es dazu auf Europäischer Ebene seit den Urteilen des „Laval-Quartetts“ aus 2007/2008 nichts zu berichten.

1. Allgemeines

Die Charta¹ nennt im Kapitel Solidarität zum Arbeitsrecht² zuerst kollektivbezogene Rechte. Art. 27 GRC normiert das Recht auf

¹ Vgl zur GRC z.B. *Jarass*, Grundrechtecharta – Kommentar (2010); sowie die Kommentierungen in Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV4 (2011), und Schwarze (Hrsg.), EUV3 (2012).

² Vgl. dazu z.B. *Rebhahn*, Der Einfluss der Europäischen Grundrechtecharta auf das österreichische Arbeitsrecht, in Rebhahn (Hg.), Grundrechte statt Arbeitsrecht? (Tagungsband der Tagung Traunkirchen 2012; 2013), 9 ff.; *ders.*, Grundrechte des Arbeitslebens, in: *Hatje/Müller-Graff/Grabenwarter* (Hg.), Enzyklopädie des Unionsrechts, Bd. V. Grundrechte (erscheint 2013). Der vorliegende Text zu A. folgt diesen Beiträgen naheliegenderweise oder lehnt sich daran an.

Zur Bedeutung der Charta für das Arbeitsrecht vgl. insb. de Búrca/de Witte (Hrsg.), *Social Rights in Europe*, OUP Oxford 2005; Bercusson (Hrsg.), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos Baden-Baden 2006; *Bercusson*, *European Labour Law*², Cambridge, 2009; De Vos (Hrsg.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?*, Intersentia Antwerp, 2009; *Hanau*, Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht, NZA 2010, 1; Hervey/Kenner (Hrsg.), *Economic and social rights under the EU-Charter*, Hart Oxford 2009; *Heuschmied*, Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfecht*³, Nomos Baden-Baden 2011, § 11; *Knecht*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Stuttgart 2005; *Kreber*, Das Arbeitsrecht im Vertrag von Lissabon, EuZA 2010, 303;

Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Unternehmen, Art. 28 GRC jenes auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen. Art. 29 GRC verheißt den Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst. Erst danach folgen Gewährleistungen zum Individualarbeitsrecht. Nach Art. 30 GRC haben alle Arbeitnehmer Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und damit Kündigung. Art. 31 GRC gibt das Recht auf „gesunde, sichere und faire Arbeitsbedingungen“ sowie auf Höchstarbeitszeiten und Jahresurlaub. Art. 32 GRC verbietet Kinderarbeit und gebietet besonderen Schutz bei Arbeit Jugendlicher. Art. 33 GRC spricht das Ziel an, Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang bringen. Daneben sind für das Arbeitsrecht andere Bestimmungen der Charta relevant, wie Erwerbs- und Vereinigungsfreiheit sowie Diskriminierungsverbote, aber auch die Unternehmerfreiheit. Die Charta enthält kein Recht auf Arbeit, keine Vorgaben zu einem angemessenen Arbeitsentgelt, keine Pflicht zur Einführung eines staatlichen Mindestlohnes, und keine Vorgaben zur Zurückdrängung atypischer Arbeitsverhältnisse. Ferner enthält sie keine Vorgaben zu vielen vertragsrechtlichen Fragen (z.B. Fürsorgepflicht; arbeitsrechtliche Gleichbehandlungspflicht); diese wären auch kaum auf Grundrechtsebene zu regeln.

Die Bedeutung der Grundrechtecharta wird erst allmählich entfaltet, genauere Aussagen zu konkreten Fragen sind derzeit schwierig. Die Bedeutung hängt letztlich von der Wohlmeinung des EuGH ab, sowohl zu allgemeinen Weichenstellungen wie zu Details. Bislang gibt es nur wenige Urteile des EuGH, die konkret von der Auslegung der Charta abhängen. Nach Inkrafttreten der Charta hat der EuGH ab Dezember 2009 die Art. 27 bis 33 GRC nur in drei Urteilen wirklich angewendet, also als Argument

Langenfeld, Soziale Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VI/1, München 2010, 1117 (§ 163); *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht § 2 Rn. 13 ff.; *Schiek/Liebert/Schneider* (Hrsg.), European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon, Cambridge 2011; *Skouris*, Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten, RdA 2009, Sonderbeilage Heft 5, 25; *Winner*, Die Europäische Grundrechtecharta und ihre soziale Dimension, Frankfurt, 2005.

oder als Prüfmaßstab verwendet (und nicht bloß erwähnt).³ Vorhersagen über den Weg, den der EuGH einschlagen wird, stehen vor dem generellen Problem, dass es zu zentralen Fragen des Unionsrechts und daher auch zu den (neuen) Unionsgrundrechten bislang keine belastbare gemeineuropäische Rechtsdogmatik gibt.⁴ Die mangelnde Belastbarkeit rechtlicher Aussagen und „Ableitungen“ beruht nicht zuletzt auch auf der (traurigen) Einsicht, dass zu wesentlichen Fragen des Unionsrechts die Bedeutung von Rechtsnormen oder gar von deren genauer Formulierung gering erscheint.⁵ Recht kann von Staatsorganen entweder mehr als Maßstab für das Handeln/Entscheiden oder mehr als „Aufhänger“ für das Verfolgen der eigenen Vorstellungen oder der eigenen politischen Agenda verwendet werden. Bei Organen der Union haben nicht wenige den Eindruck, es herrsche (leider) die zweite Herangehensweise vor. Insb. müsse man von einer geringen Maßgeblichkeit des Rechts dort ausgehen, wo das Ziel der „Integration“ vorherrscht. Die Charta wird von vielen auch als Mittel zur Integration gesehen. Voraussagen über die künftige Positionierung des EuGH zur Charta würden daher doppelt hellseherische Fähigkeiten voraussetzen, weil hier zur Vagheit von Grundrechtsnormen die Unvorhersehbarkeit von Entscheidungen des EuGH tritt. Ich beschränke mich daher darauf, Problemfelder aufzuzeigen.

Die erste Frage ist, inwieweit die hier relevanten Bestimmungen der Charta Rechte oder nur Grundsätze enthalten. Dies wird in der Literatur sehr unterschiedlich gesehen, m.E. enthalten die Artikel 27 bis 33 mit Ausnahme von Art. 33 Abs. 1 durchwegs Rechts i.S.d. Art. 52 GRC. Die zweite Frage ist, inwieweit der EuGH Schranken, welche die Charta enthält, mit Hilfe der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts i.S.d. Art. 6 Abs. 3 EUV überspielen wird. Allgemein besteht diese Möglichkeit bzw. Gefahr durchaus.⁶ Speziell zu den Fragen, welche die Art. 27 bis 33 GRC

³ EuGH Rs. C-297/10 und C-298/10, Hennigs, Slg 2011, I-0000; EuGH Rs. C-149/10, Chatzi, Slg 2010, I-08489; C-323/08, Rodriguez Mayor, Slg 2009, I-11621.

⁴ Vgl. z.B. Kühling, Grundrechte, in von Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht² (2010), 672.

⁵ Vgl. Potacs, Vom Wert des Rechts in der Europäischen Union, JRP (Journal für Rechtspolitik) 2012, 24. Krebber (RdA 2009, 229 f.) stellt fest: „Eine Auswertung insbesondere der Rechtsprechung des EuGH belegt ... die Beliebigkeit und Bedeutungslosigkeit der normativen Grundlage eines konkreten sozialen Rechts.“

⁶ Befürwortend z.B. Barnard, EU-Employment Law⁴ (2012), 30.

betreffen, dürfte es allerdings, von Art. 28 abgesehen, kaum Fälle geben, in denen überzeugend davon gesprochen werden kann, dass es „gemeinsame Verfassungsüberlieferungen“ der Mitgliedstaaten gebe.

2. Zur Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten

Näher eingehen möchte ich auf die Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten. Nach Art. 51 Abs. 1 ist die Charta nur „bei Durchführung“ des Unionsrechts für die Mitgliedstaaten verbindlich.⁷ Die Chartarechte sind jedenfalls für die Auslegung der Richtlinien zum Arbeitsrecht relevant, und damit bei deren Umsetzung und Anwendung. Richtlinien gibt es insb. zu Art. 27 GRC betreffend Information und Anhörung der Arbeitnehmer, zu Art. 31 GRC betreffend die Sicherheit am Arbeitsplatz sowie zu Höchst Arbeitszeiten und Jahresurlaub, sowie zu Art. 33 GRC zum Mutterschutz. Darüber hinaus können wohl einige weitere Richtlinien Art. 31 GRC zugeordnet werden, wie jene zu Teilzeit, Befristung und Betriebsübergang. Zum Kündigungsschutz gibt es bislang aber primär eine Richtlinie nur zum Verfahren bei Massenkündigungen, jedoch keine, welche allgemein einen materiellen Schutz vorsieht. Ferner gibt es keine spezifischen Richtlinien zu Tarifverhandlungen und Kollektiven Konflikten. Die Union hat jedenfalls keine Kompetenz, diese Fragen auf Basis der sozialpolitischen Kompetenz des Art. 153 AEUV zu regeln.

Die Frage, wann die Chartarechte für Mitgliedstaaten verbindlich sind, ist daher gerade im Arbeitsrecht oft ein zentrales Problemfeld. Dies lässt sich am Beispiel des Art. 30 GRC zeigen. Die Union hat den materiellen Kündigungsschutz bisher selbst nicht allgemein geregelt, sondern allenfalls partiell, wie zu Betriebsübergang und Mutterschutz. Überdies gibt es die Befristungsrichtlinie, die den Missbrauch aufeinanderfolgender Befristungen verbietet. Dies scheint dafür zu sprechen, dass eine Regelung nach Art des KSchG nicht Sekundärrecht durchführt. Der EuGH hat denn auch im Beschluss Polier aus 2007 gemeint, die Frage, ob eine Kündigung ohne Motiv zulässig ist, falle nicht in den Anwendungsbereich

⁷ Der EuGH verweist darauf auch; z.B. EuGH Rs. C-256/11, Dereci, Slg. 2011, I-00000 Rn. 71.

des Gemeinschaftsrechts.⁸ Allerdings überzeugt dies nicht alle. Manche meinen, die fragliche unionsrechtliche Regelung folge schlüssig aus der Gesamtheit der EU-Vorschriften zur Beendigung, insb. aus der Befristungs-Richtlinie.⁹ Die Beschränkung aufeinanderfolgender Befristungen ordne nämlich implizit eine gerichtliche Kontrolle jeder Kündigung an, weil die Beschränkung überflüssig wäre, wenn der Arbeitgeber unbefristete Arbeitsverträge jederzeit nach Belieben auflösen könnte.

Die zweite Konstellation, in der die Mitgliedstaaten nach der Judikatur zu den Unionsrechtsgrundsätzen im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln, soll vorliegen, wenn eine nationale Vorschrift eine der spezifischen Freiheiten des Unionsrechts beschränkt, etwa die Dienstleistungsfreiheit.¹⁰ Praktisch ist dann entscheidend, ob es für das Eingreifen der Charta bereits ausreicht, dass die nationale Regelung unter den Tatbestand der Freiheit fällt. Dazu neigt der EuGH zuweilen zur Uferlosigkeit.¹¹ Bei den meisten Freiheiten fällt nämlich jede Maßnahme, welche den Gebrauch der Freiheit *weniger attraktiv* macht, unter den Tatbestand. Es wäre in Anbetracht dieser Judikatur denkbar, auch viele unterschiedliche nationale Arbeitsrechtsregelungen als Beschränkungen zu sehen.¹² Dies lässt sich wieder am Kündigungsschutz zeigen. Ein vergleichsweise strenger Kündigungsschutz, wie der in Griechenland, Spanien oder Italien kann es für Personen aus anderen Ländern weniger attraktiv machen, dort als Arbeitnehmer tätig zu werden, weil Unternehmen deshalb eher nur befristete Arbeitsverhältnisse oder freie Mitarbeit anbieten. Nach dem „üblichen“ Maßstab würde also ein vergleichsweise strenger Kündigungsschutz die Arbeitnehmerfreizügigkeit

⁸ EuGH Rs. C-361/07, Polier, Slg. 2008, I-00006 (abgekürzte Veröffentlichung).

⁹ Diese These wurde von Prof. *Numhauser-Hennig* (Lund) bei der ELLN-Tagung 2011 vertreten.

¹⁰ Vgl. z.B. *Jarass*, Charta der Grundrechte (2010), Art. 51 Rz. 19 ff.; *Kingreen* in *Callies/Ruffert EUV*⁴ Art. 51 GRCh Rz. 13 ff. Abl. z.B. *Riesenhuber*, European Employment law (2012) § 2 Rn. 28.

¹¹ Vgl. z.B. *Kingreen*, Grundfreiheiten, in *von Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht² (2010), 727 ff.

¹² Vgl. dazu z.B. *Barnard*, EU-Employment Law⁴, 201 ff.; *Barnard*, The Substantive Law of the EU³ (2010), 279 f. Zu den verschiedenen Wegen des EuGH, um sozialpolitische Normen nicht zu beanstanden, vgl. *Barnard*, Internal Market v. Labour Market: A Brief History, in: *De Vos* (Hrsg.), European Union Internal Market and Labour Law, 19. In Bezug auf eine Norm, welche angeblich den Wegzug von ArbN behinderte, hat der EuGH schon das Vorliegen einer Beschränkung verneint; C-190/98, Graf, Slg 2000, I-493.

beeinträchtigen. Auf der anderen Seite kann das niedrige Niveau etwa des britischen Kündigungsschutzes Arbeitnehmer aus Italien abhalten, nach England zu wechseln.

Der EuGH hat seine weite Judikatur zum Tatbestand der Grundfreiheiten bislang allerdings nicht auf nationale Vorschriften zum allgemeinen materiellen Arbeitsrecht (also ohne grenzüberschreitenden Bezug) angewendet. Bislang hat er noch kaum eine dieser Normen an den Freiheiten der Arbeitnehmer oder der Niederlassung gemessen oder gar scheitern lassen.¹³ Dies mag zum einen damit erklärt werden, dass er kaum je danach gefragt wurde. Ein materieller Grund mag darin liegen, dass die Verträge klar mit unterschiedlichen nationalen Arbeitsrechtsordnungen rechnen. Fraglich ist allerdings, ob der EuGH diese Linie auch im Hinblick auf die Charta beibehalten wird. In Bezug auf die Freizügigkeit selbst bedeutet die Subsumtion unter deren Tatbestand ja „nur“, dass die Regelung der Rechtfertigung bedarf. In Bezug auf die Charta bedeutet die Subsumtion unter den Tatbestand der Freizügigkeit hingegen, dass die Charta anwendbar wird. Je eher man eine Beeinträchtigung der Freizügigkeit annimmt, desto weiter gilt die Charta für nationales Recht.

Die spärlichen Entscheidungen zu Charta und Arbeitsrecht sprechen eher für eine restriktive Linie. So fragte im Urteil Rodríguez Mayor aus 2009 die Vorlage, ob ein Detail der spanischen Regelung zur Massenentlassung mit Art. 30 GRC vereinbar sei. Der EuGH war der Auffassung, dass dieses Detail nicht unter die Massenentlassungs-RL falle, und schloss daraus kurz und bündig, dass es daher auch nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts falls, die Charta daher nicht anwendbar sei, ohne auf die Freiheiten einzugehen.¹⁴ Ebenso war es etwa im Urteil Bartsch und im Beschluss Polier.¹⁵ Allerdings stammen alle diese Entscheidungen aus der Zeit vor Inkrafttreten der Charta. Seither könnte die Bereitschaft, dies

¹³ Vgl. z.B. *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht § 3 Rn. 37 ff., 79; *Rödl*, Arbeitsverfassung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht² (2010), 889 f.

¹⁴ EuGH Rs. C-323/08, Rodríguez Mayor, Slg 2009, I-11621 Rn. 59.

¹⁵ EuGH Rs. C-427/06, Bartsch, Slg 2008, I-07245 Rn. 16 ff. EuGH Rs. C-361/07, Polier Slg. 2008, I-00006 (abgekürzte Veröffentlichung).

anders zu sehen, gestiegen sein. Allerdings kann man die Charta auch gegen ein weites Verständnis des Tatbestandes der Freizügigkeit ins Treffen führen. Wenn die Charta ein Recht auf Überprüfung der Kündigung vorsieht, ist es nämlich kaum überzeugend zu sagen, jeder Kündigungsschutz sei gleichzeitig vor der Freizügigkeit rechtfertigungsbedürftig.¹⁶

Ein weites Verständnis von „Durchführung des Unionsrechts“ führte jedenfalls dazu, dass die Mitgliedstaaten stets an die Charta gebunden wären, auch im Arbeitsrecht. Das war wohl nicht beabsichtigt. Eine rechtsdogmatische Betrachtung des Art. 51 Abs. 1 GRC müsste den Wortlaut der Norm ernst nehmen und aus diesem auf den deutlich erkennbaren Willen des Normsetzers schließen, dass die Charta gerade nicht für alle nationalen Regelungen gelten soll. Konkret zum Kündigungsschutz ist der nationale Gesetzgeber bei der Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes m.E. derzeit nicht bereits an Art. 30 GRC gebunden.

3. Zu Privatwirkung und Inhalt einiger Bestimmungen

Ein zweites allgemeines Problemfeld ist die Anwendbarkeit der Chartarechte im Verhältnis zwischen Privaten. Unbestritten sind sie auch hier bei der Auslegung nationalen Rechts relevant, soweit Unionsrecht durchgeführt wird. Fraglich ist, inwieweit ein Chartarecht nationales Recht verdrängen oder Private unmittelbar verpflichten kann. Der EuGH hat sich diesbezüglich zu den Art. 27 ff. GRC noch nicht festgelegt. Deutlich zeigt dies das Urteil Dominguez der Großen Kammer von Jänner 2012. Es betraf den Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nach der Arbeitszeit-RL. Das Urteil sagt, eine nationale Regelung, welche Arbeitnehmer, die während des gesamten Bemessungszeitraumes – ein Jahr – für den Urlaub krankgeschrieben waren, hätten danach dennoch Anspruch auf Urlaub für diesen Zeitraum. Zur Umsetzung dieser Vorgabe müsse das nationale Gericht die Möglichkeit zu richtlinienkonformer Interpretation und zu

¹⁶ In diese Richtung bereits *Rebhahn*, Europäisches Sozialmodell, Europäische Sozialstaatlichkeit und der Vertrag von Lissabon, FS G. Roth (2011), 593 ff., 606.

unmittelbarer Anwendung gegenüber dem Staat prüfen, im Übrigen komme Staatshaftung in Betracht.¹⁷ Der EuGH erwähnt hier Art. 31 GRC nicht, obwohl die Generalanwältin sehr ausführlich darauf einging und ein anderes Urteil kurz davor Art. 31 sehr wohl erwähnt hatte. Manche haben aus Dominguez erfreut abgeleitet, der EuGH lehne hier die Privatwirkung ab. M.E. wäre dies eine Überinterpretation. Zwar hätte sich die Frage der Verdrängungswirkung hier gestellt, das Urteil übergeht das Grundrecht aber mit Stillschweigen, und die Vorlage hatte auch nicht danach gefragt. Man kann also nur ableiten, dass die Große Kammer sich zur Charta nicht äußern wollte.¹⁸

Allgemein ist fraglich, ob die Privatwirkung für jedes Chartarecht gesondert zu beurteilen ist oder ob eine generelle Aussage am Platze ist. M.E. spricht mehr für die spezifische Sichtweise. Im Übrigen lässt sich über die Tendenz der künftigen Judikatur des EuGH nur spekulieren. M.E. spricht einiges dafür, dass der EuGH jedenfalls die Verdrängungswirkung tendenziell bejahen wird, weil sie die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts befördert, insb. die Wirksamkeit von Klagen einzelner als Agenten zur Durchsetzung des Unionsrechts.

Zum Inhalt gehe ich nur kurz auf drei Probleme ein. Art. 27 GRC gewährt den Arbeitnehmern ein Recht auf Information und Anhörung über Fragen des Unternehmens. Er enthält nun, wie einige andere Bestimmungen des Titels Solidarität, den sogenannten Refrain. Das betreffende Recht wird „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gewährleistet. Die genaue Bedeutung dieser Verweisung ist noch sehr dunkel. Allein in der deutschsprachigen Literatur gibt es bis jetzt mindestens sechs verschiedene Deutungsvorschläge, von der praktischen Irrelevanz der Verweisung bis zur praktischen Irrelevanz des Grundrechts wegen der Verweisung.¹⁹ M.E. gibt die Klausel dem Gesetzgeber einen besonders weiten Ausgestaltungsvorbehalt.

¹⁷ EuGH (GK) Rs. C-282/10, Dominguez, Slg. 2012, I-0000 Rn. 22 ff.

¹⁸ Die Vorlage zu EuGH Rs. C-176/12, CGT/Laboubi fragt nach der Privatwirkung von Art. 27.

¹⁹ Vgl. dazu Bogdandy/Bast/Rödl, 871 (dessen eigene Lösung – nur Verweis auf unterschiedliche Kompetenzen – allerdings nicht überzeugt).

Dies könnte etwa zur Frage relevant sein, ob Art. 27 GRC mit Anhörung mehr meint als bloße Beratung, nämlich eine *consultation* (so der englische Text), bei welcher der Arbeitgeber mit Kompromissbereitschaft verhandelt. Das deutsche Betriebsverfassungsrecht dürfte in Bezug auf das Ausmaß der geschuldeten Informationen und Anhörungen aber auch bei strenger Auslegung von Art. 27 GRC nicht hinter dessen Anforderungen zurückbleiben. Manche werden überdies fragen, welche Sanktionen die Charta bei ungenügender Information oder Konsultation verlangt. Diese Sanktionen waren bei der Beratung der Informations-RL 2002/14 heftig umstritten. Manche verlangten damals, der ArbG solle verpflichtet werden, die Maßnahme zu suspendieren oder gar rückgängig zu machen. Die Informations-RL begnügt sich mit der Forderung nach wirksamen Sanktionen. Art. 27 GRC könnte die Diskussion dazu neu entfachen. Relevant könnte dies etwa zur Frage werden, ob der Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch gegen eine Betriebsänderung hat, über die der ArbG nicht ausreichend verhandelt hat. In Deutschland lehnen manche LAG einen solchen Unterlassungsanspruch zum Interessenausgleich nach § 111 BetrVG nach wie vor ab, und das Arbeitsgericht Köln hat ihn jüngst auch in Bezug auf den Europäischen Betriebsrat abgelehnt, ohne dem EuGH vorzulegen.

Nach wie vor heftig umstritten ist die Bedeutung eines Unionsgrundrechts auf Kollektive Maßnahmen, also auf Streik, gegen eine Verlegung der Arbeitsstätte in einen anderen Mitgliedstaat oder gegen grenzüberschreitende Dienstleistungen. Die Urteile Viking und Laval haben nach verbreiteter Auffassung hier das Grundrecht nicht auf derselben Augenhöhe zur Geltung gebracht wie die ökonomischen Freiheiten. Die Kommission hat dazu dieses Jahre den Vorschlag für eine Verordnung vorgelegt, genannt Monti-II-Verordnung, welche dieses Spannungsverhältnis regeln sollte.²⁰ Allerdings war der Vorschlag wenig geglückt und er wurde inzwischen wieder zurückgezogen.

²⁰ COM(2012) 130. Vgl. dazu *Barnard*, EU-Employment Law⁴, 209 ff.; *Bruun/Bücker*, NZA 2012, 1136 ff.

Das letzte Beispiel betrifft den Schutz gegen Kündigungen. Unterstellt man, dass Art. 30 GRC für die Mitgliedstaaten bereits verbindlich ist, so werden die genauen Vorgaben fraglich. Art. 30 GRC gibt das Recht auf Schutz gegen eine ungerechtfertigte Kündigung allen ArbN, und zwar ohne Beifügen des Refrains. Fraglich könnte dann der Ausschluss von Arbeitnehmern in Kleinunternehmen vom Kündigungsschutz sein. Jedenfalls wäre die sachliche Rechtfertigung der Differenzierung an Art. 30 GRC und am Gleichheitsgebot der Charta zu messen. In Bezug auf den Inhalt des Schutzes verweisen die Erläuterungen zur Charta auf Art. 24 der Revidierten Europäischen Sozialcharta. Der EuGH wird diesem Hinweis wohl folgen. In Bezug auf die Sanktionen verlangt die Sozialcharta primär Entschädigung und nicht einen Fortsetzungsanspruch, sodass der faktische Vorrang der Abfindung im deutschen Recht mit Art. 30 GRC vereinbar ist. Auch die Anforderungen an den Prüfungsstandard, wann eine Kündigung ungerechtfertigt ist, wird das deutsche Recht jedenfalls in Bezug auf Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen mühelos erfüllen. Fraglich könnte dies allenfalls in Bezug auf manche Gründe für eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung sein. Bei verhaltensbedingten Kündigungen sind oder waren die deutschen Gerichte deutlich strenger als die manch anderer Staaten. Speziell aufmerksam machen möchte ich auf die Kündigung wegen oder bei Krankheit. Die Erläuterungen zur Sozialcharta nennen einige Umstände, die "shall not constitute valid reasons for termination of employment", darunter "temporary absence from work due to illness or injury". Manche werden dies zur verbindlichen Vorgabe machen wollen. Die fein ausdifferenzierte deutsche Dogmatik zur krankheitsbedingten Kündigung könnte damit nicht in allen Facetten vereinbar sein.

Erwähnt seien noch zwei Vorlagen aus Portugal.²¹ Sie betreffen Maßnahmen, die Portugal zur Haushaltssanierung in Bezug auf Öffentlich Bedienstete ergriffen hat, und fragen, ob sie mit Art. 31 Abs. 1 GRC vereinbar sind, der ein Recht auf „würdige“ Arbeitsbedingungen enthält.

²¹ EuGH Rs. C-128/12 (Sindicato dos Bancários do Norte) und Rs. C-264/12 (Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros).

Insb. wird gefragt, ob dieses Recht es zum einen verbiete, das Arbeitsentgelt einseitig herabzusetzen, und zum anderen ob Art. 31 GRC das Recht auf eine angemessene Vergütung beinhaltet, die den Arbeitnehmern und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard sichert. Man kann schon bezweifeln, dass die angesprochenen Maßnahmen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. Manche wollen dies allerdings aufgrund der Vorgaben bejahen, welche Portugal vom ESFS in der Schuldenkrise gemacht wurden. In der Sache würde ich „würdig“ hier eher eng verstehen, zumal ein Recht auf angemessenes Arbeitsentgelt bewusst nicht in die Charta aufgenommen wurde.

Mikroebene

1. Gesetzesvorhaben

Zur Mikroebene ist vorerst festzuhalten, dass es nur wenige nennenswerte Gesetzesvorhaben der Union zum Arbeitsrecht gibt. Die Kommission, die – wie früher der Monarch – das Monopol zur Gesetzesinitiative hat, hält offenbar kaum ein Vorhaben für erfolgversprechend oder verfolgenswert. Einen ähnlichen Stillstand bei der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung wurde aber auch für Deutschland konstatiert.

Das wichtigste Vorhaben ist wohl der Entwurf der Kommission für eine Durchführungs-RL zur Entsende-RL.²² Sie soll die Durchsetzung der Entsende-RL angeblich verbessern. Dem dient aber allenfalls die dort vorgesehene Koordination der Verwaltungen von Entsende- und Arbeitsstaat. Im Übrigen und vor allem dürfte der Vorschlag die Möglichkeiten des Arbeitsstaates weiter einschränken, die Einhaltung der Entsende-RL und damit des nationalen Arbeitsrechts zu überwachen. Da der Entsendestaat wenig bis kein Interesse daran hat, dass seine Unternehmen das Arbeitsrecht des Arbeitsstaates einhalten, dient dies kaum der effektiven Durchsetzung des Arbeitsrechts. Man kann allerdings fragen, ob die Art. 27 ff GRC, insb. Art. 31, nicht implizit die Vorgabe enthalten, eine effektive Durchsetzung arbeitsrechtlicher Vorgaben zu

²² COM(2012) 131.

fördern oder jedenfalls nicht zu behindern. Die häufig beschworene Sorge um die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts würde dies nahelegen. Ferner hat die Kommission die Sozialpartner erneut zu Verhandlungen über eine Revision der Arbeitszeitrichtlinie aufgefordert. Darüber wurde bereits 2003 bis 2009 erfolglos verhandelt. Es ist wenig wahrscheinlich, dass die Bemühungen weit führen werden. Strittig ist unter anderem der Begriff der Arbeitszeit, nämlich inwieweit Bereitschaftsdienst weiterhin voll als Arbeitszeit anzurechnen sei. Dazu kann gefragt werden, ob Art. 31 GRC nun etwa die weite Begriffsdefinition, die der EuGH gefunden hat,²³ festschreibt; dann wären Reformüberlegungen obsolet. Zum anderen ist strittig, ob die Möglichkeit des individuellen opting-out weiter bestehen soll. Derzeit erlaubt die Richtlinie den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass der einzelne ArbN schriftlich auf den Schutz der Höchstarbeitszeit verzichtet. Manche werden fragen, ob diese Erlaubnis dem Schutzauftrag des Art. 31 Abs. 2 GRC entspricht der besagt, alle ArbN haben das „Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit“. Andere werden einwenden, gerade die Formulierung „Recht“ zeige, dass man auch darauf verzichten könne. Daneben gibt es Gesetzesvorhaben bloß zu Randthemen, wie der konzerninternen Entsendung von Drittstaatsangehörigen.²⁴

2. Neuere Rechtsprechung

Mein Überblick betrifft die Rechtsprechung aus dem letzten Jahr. Ich gehe dabei auf einige Urteile näher ein, anstatt viele Urteile bloß zu streifen. Ich beginne mit dem Urteil Urteil *Scattolon* der Großen Kammer (C-108/10) vom November 2011, auch weil es allgemeine Probleme der EuGH-Judikatur exemplarisch aufzeigt. Es betrifft die Betriebsübergangs-RL 2001/23/EG und dazu die Frage, ob der beim Übergeber angewendete Tarifvertrag durch den beim Erwerber anwendbaren Tarifvertrag auch dann abgelöst werden kann, wenn dies zu Nachteilen für die ArbN führt. Diese Möglichkeit ist in den anderen Staaten relevanter als in Deutschland, weil für die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages dort die

²³ Vgl. z.B. *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht § 14 Rn. 15 ff.

²⁴ Dazu *Bayreuther*, ZESAR 2012, 405 ff.

Tarifbindung allein des ArbG ausreicht. Art. 3 Z. 3 Betriebsübergangs-RL spricht klar für die Möglichkeit zur Verschlechterung. Im Urteil ging es um den Übergang des Hilfspersonals an Schulen in Italien von Gemeinden auf den Staat. Der Gemeindetarifvertrag bemaß das Entgelt neben der Tätigkeit nach verschiedenen Kriterien, darunter das Dienstalter, der Staatstarifvertrag stellte allein auf das Dienstalter ab. Das Gesetz aus 1999, das den Übergang vorsah sagte, dass den übergehenden ArbN das erreichte Dienstalter gewahrt werde. In der Folge schloss man einen zusätzlichen Überleitungs-Tarifvertrag, der dies wieder einschränkte, und der durch ein Dekret des Ministers approbiert wurde. Die übergegangenen ArbN verlangten Bezahlung nach dem Staatstarifvertrag unter voller Anrechnung ihrer Vordienstzeiten bei der Gemeinde. Nach einigen Prozessen, bei denen die ArbN obsiegten, interpretierte ein Gesetz aus 2006 das Gesetz aus 1999 authentisch im Sinne des im Überleitungs-Tarifvertrag Gesagten. Das italienische Verfassungsgericht hielt dies für zulässig. Das Urteil des EuGH ist leider nicht in der Lage klar zu sagen, ob die Regelung im Überleitungs-Tarifvertrag zu einer Reduktion des Entgelts führte. Erst aus einer mühsamen Interpolation und unter Zuhilfenahme eines Urteils des EGMR zu der causa, dem Urteil Agrati,²⁵ wird deutlich, dass der Überleitungs-Tarifvertrag offenbar nur den Zweck hatte zu verhindern, dass die übergegangenen ArbN mehr verdienten als vergleichbare ArbN, die schon immer beim Staat beschäftigt waren. Das Dienstalter hat nämlich im Staatstarif deutlich mehr Gewicht als es im Gemeindetarif hatte.

GA Bot kam zum Ergebnis, dass die Betriebsübergangs-RL der italienischen Regelung nicht entgegenstehe. Sie verlange den vollen Erhalt der erworbenen Rechte nämlich nur für Rechte aus dem Arbeitsvertrag, sage aber deutlich, dass der Erwerber den bisherigen Tarifvertrag nur

²⁵ EGMR 7.6.2011, Agrati et autres c. Italie, nos. 43549/08, 6107/09 et 5087/09. Die Kammer hat gemeint, die authentische Interpretation des Gesetzgebers sei ein Eingriff in das Recht auf ein faires Verfahren und auf Eigentum, wobei sich dies aber wohl nur Personen bezieht, die bereits vorher geklagt hatten. Diese Auffassung beeinträchtigt nicht die im späteren Text vertretene Auslegung des Urteils Scattolon und der Betriebsübergangs-RL, weil sie nur die bereits eingeklagten Ansprüche betrifft. Der Beschluss vom November 2012 zeigt die beträchtliche Höhe der involvierten Summen.

solange einhalten müsse, bis ein neuer anwendbar ist.²⁶ Dies hatte auch der EuGH bislang so gesehen.²⁷ Im Urteil Scattolon scheint der EuGH aber in einer einzigen Randnummer eine überraschende Volte zu machen.²⁸ Nachdem er die Möglichkeit zur Ablöse des Tarifvertrages infolge eines Tarifvertrages erneut betont, fährt er ohne nähere Begründung fort, dies dürfe aber weder zum Ziel noch zum Ergebnis haben, dass die Rechtslage der ArbN insgesamt verschlechtert werde, weil sonst die praktische Wirksamkeit der RL gefährdet sei. Dieser Satz, der wie ein erratischer Einschub wirkt, wurde jedenfalls in der deutschsprachigen Literatur gebührend gewürdigt.²⁹ Man leitete daraus ein generelles Verschlechterungsverbot ab: Ein Betriebsübergang dürfe danach auch die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen nicht verschlechtern, jedenfalls nicht sogleich. Der Widerspruch zum Wortlaut der RL wurde zwar ebenso moniert wie das Spannungsverhältnis zur Tarifautonomie und die Problematik eines Gesamtvergleichs; aber der EuGH habe eben anders entschieden.

Nun muss man jedenfalls bei Urteilen der Großen Kammer davon ausgehen, dass an jedem Wort des Urteils gefeilt wird. Man kann also nicht sagen, die zitierte Wendung sei einfach ein Versehen. Blickt man allerdings näher, dann eröffnet sich eine Möglichkeit, die fragliche Wendung ganz anders zu verstehen als sie bisher in der Lehre verstanden wurde.³⁰ Im Fall ging es nämlich nicht nur – wie üblich – um zwei Tarifverträge, jenen des Erwerbers und des Übergebers, sondern noch um einen dritten, welcher die Überleitung regelte. Bezieht man die fragliche Wendung des EuGH nur auf den spezifischen Überleitungs-Tarifvertrag, so wird sie plötzlich plausibel und überzeugend. Sie hat dann aber keine Bedeutung für den Normalfall, in dem es keinen zusätzlichen Überleitungs-Tarifvertrag gibt. Da es möglich und sinnvoll ist, die fragliche

²⁶ SA zu EuGH Rs. C-108/10, Scattolon, Slg. 2011, I-0000 Rn. 73 ff.

²⁷ Vgl. die im Urteil Scattolon in Rn. 73 zitierten Urteile: EuGH Rs. C-499/04, Werhof, Slg. 2006, I-2397 Rn. 30; EuGH Rs. C-396/07, Juuri, Slg. 2008, I-8883 Rn. 34.

²⁸ EuGH (GK) Rs. C-108/10, Scattolon, Slg. 2011, I-0000 Rn. 76.

²⁹ Vgl. z.B. *Sagan*, EuZA 2012, 247 ff.; *Willemsen*, RdA 2012, 291 ff., 301 f.

³⁰ Vgl. dazu *Kietaibl*, wbl 2013 Heft 1.

Randnummer so zu verstehen, besteht daher für diesen Normalfall auch nach dem Urteil Scattolon kein Verschlechterungsverbot. Diese Interpretation des Urteils verdanke ich C. Kietaihl, der das Urteil erstmals begleitet von meiner bloßen Behauptung studierte, es gebe einen Weg, Wortlaut und Wendung zu vereinbaren. Man sieht daran, dass zu intensive Befassung nicht immer hilfreich sein muss. Zum anderen zeigt das Urteil Scattolon, dass manche Urteile leider noch immer Anlass zu groben Missverständnissen geben. Dies ist hier nur zum Teil auf die Kompliziertheit von Sachverhalt und Vorverfahren zurückzuführen.

Zum Thema der Diskriminierungsverbote seien nur zwei Urteile zur *Altersdiskriminierung* erwähnt. Der EuGH sieht es nicht nur im Lichte des Art. 31, sondern auch des Art. 15 GRC zur Erwerbsfreiheit.³¹ Im Urteil *Hörnfeldt* (C-141/11) ging es um eine Beendigung in Schweden.³² Das Kündigungsschutzgesetz und der Tarifvertrag erlauben es dem ArbG, das Arbeitsverhältnis am letzten Tag des Monats, in dem der ArbN das 67. Lebensjahr vollendet, ohne Frist zu beenden, wobei es nicht auf die Höhe der Rente ankommt. Der ArbG hatte das Arbeitsverhältnis auf dieser Grundlage beendet. Laut EuGH steht Art. 6 der Rahmen-RL 2000/78/EG einer Regelung nicht stets entgegen, die es dem Arbeitgeber erlaubt, das Arbeitsverhältnis allein deshalb zu beenden, weil der ArbN das 67. Lebensjahr vollendet hat, und die nicht die Höhe der zu erwartenden Rente berücksichtigt. Allerdings müsse die Maßnahme durch ein legitimes Ziel der Beschäftigungs- und der Arbeitsmarktpolitik gerechtfertigt sein und überdies ein angemessenes und erforderliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels sein. Der EuGH geht auf alle diese Aspekte ein, allerdings in eher diffuser Weise. So werden die von der Regierung vorgetragenen Ziele als legitim angesehen, ohne dass klar wird, welches Ziel nun wirklich gemeint ist. Zur Angemessenheit billigt der EuGH bemerkenswerterweise das Argument, eine Kündigung wegen altersbedingter Leistungsschwäche sei erniedrigend, was für die Zulässigkeit der Altersgrenze spreche. Schließlich wird auf die Höhe der Rente eingegangen. Das Urteil verweist

³¹ Z.B. EuGH Rs. C-159/10 und C-160/10, Fuchs und Köhler, Slg 2011, I-0000 Rn. 62.

³² EuGH Rs. C-141/11, Hörnfeldt, Slg 2012, I-0000.

dazu auf die allgemeinen Regeln des Rentenrechts in Schweden, ohne zu sagen, welchen Einfluss eine geringe Rente hier habe und ab wann sie gegebenenfalls zu gering sei. Insgesamt wird nämlich das nationale Gericht aufgefordert, alle Aspekte näher zu würdigen. Dieser Verweis an das nationale Gericht ist durchaus relevant, wie das Urteil Fuchs zeigt.³³ Dort ging es um die Pensionierung eines hessischen Staatsanwaltes mit 65. Der EuGH hat gesagt, dies könne gerechtfertigt sein, um ein Nachrücken Jüngerer zu ermöglichen. Das Verwaltungsgericht Frankfurt hat jüngst erkannt, dass Hessen derzeit keine Staatsanwälte einstelle, und die Diskriminierung bejaht.

Das Urteil *Kommission gegen Ungarn* (C-286/12) betrifft die Pensionierung von Richtern.³⁴ Ungarn erließ 2011 ein neues Gesetz dazu. Die Kommission klagte am 7. Juni 2012, das Urteil erging bereits am 6. November – eine bemerkenswerte Schnelligkeit. Nach der früheren Rechtslage konnten Richter und Staatsanwälte in Ungarn bis zum 70. Lebensjahr im Amt bleiben, während das allgemeine Ruhestandsalter auch für Staatsbedienstete bei 62 Jahren lag. 2010 wurde ein Gesetz erlassen, mit dem dieses allgemeine Ruhestandsalter von 2014 bis 2022 sukzessive auf 65 angehoben wird (jedes Jahr ein halbes Jahr später).

2011 wurde sodann speziell für Richter und Staatsanwälte das Ruhestandsalter deutlich verringert. Danach endete für alle Richter, die 2012 62 Jahre oder älter sind, das Dienstverhältnis in diesem Jahr. Der EuGH geht davon aus, dass diese Regelung eine unmittelbare Benachteiligung aufgrund des Alters darstellt. Daran ändere es nichts, dass die Reform nur eine Ausnahmeregelung beseitige, die Richter begünstigte. Zur Rechtfertigung sagte Ungarn, die Reform verfolge im Wesentlichen zwei Ziele: Erstens sollen die Ruhestandsregelungen vereinheitlicht, also die Ausnahme für Richter beseitigt werden; zweitens solle durch das Nachrücken jüngerer Richter eine ausgeglichene Altersstruktur erreicht und die Qualität der Rechtspflege verbessert werden. Die Kommission meinte, beide genannten Ziele seien nicht legitim

³³ EuGH Rs. C-159/10 und C-160/10, Fuchs und Köhler, Slg 2011, I-0000.

³⁴ EuGH Rs. C-286/12, Kommission gegen Ungarn, Slg 2012, I-0000.

im Sinne des Art. 6 der Rahmen-RL, weil eine Benachteiligung danach nur sozialpolitische Ziele verfolgen dürfe. Der EuGH folgt dem treffend nicht und sieht die Vereinheitlichung der Altersgrenzen für den Öffentlichen Dienst als legitimes sozialpolitisches Ziel. Die Sicht der Kommission ist in der Tat etwas fundamentalistisch und verkennt in ihrem vielleicht politisch motiviertem Drang völlig, dass die Gleichbehandlung von Ähnlichem doch jedenfalls im Rahmen eines Diskriminierungsverbotes ein positiver Wert ist. Auch die Verbesserung der Altersstruktur wird als legitimes Ziel gesehen, wie schon im Urteil Fuchs. Der EuGH hält die konkrete Regelung allerdings nicht für erforderlich, um die Ziele zu erreichen. Zur Vereinheitlichung moniert das Urteil, die Reform senke das Rentenalter plötzlich und erheblich (für manche um bis zu 8 Jahre) ab, ohne Übergangsmaßnahmen vorzusehen. Sie enttäusche daher das Vertrauen der Betroffenen erheblich und beeinträchtige deren Interessen übermäßig. Die Frage nach der übermäßigen Interessenbeeinträchtigung findet sich zwar bereits in früheren Urteilen zur Altersdiskriminierung, allerdings in anderem Kontext (dazu sogleich). In Bezug auf eine ausgeglichene Altersstruktur meint das Urteil, dieses Ziel werde durch die Reform nicht erreicht, weil zwar 2012 viele Richterstellen neu zu besetzen seien, in den Folgejahren aber weit weniger frei werden. Die Maßnahme sei daher nicht verhältnismäßig. Im letztgenannten Umstand liegt wohl auch der Schlüssel für das politische Verständnis der Streitigkeit: Die Reform eröffnete die Möglichkeit, 2012 sehr viele Richterstellen zu besetzen, und zwar unter den Auspizien einer Regierung, welche die Kommission und die EU nicht selten kritisiert. Man kann nur fragen, ob die Kommission „die Verträge“ im Verhältnis zu Mitgliedstaaten, deren Regierungen sich anderes verhalten, stets ebenso engagiert „hütet“.

In der Sache scheint das Urteil prima facie überzeugend. Insb. trifft es zu, dass die angegriffene Regelung nicht geeignet ist, die Altersstruktur nachhaltig positiv zu beeinflussen. Bemerkenswert ist allerdings, dass das Urteil nicht moniert, die neue Altersgrenze für Richter sei an sich zu niedrig. Auch die Kommission hatte hier offenbar nichts gegen eine

allgemeine Altersgrenze von 62 Jahren für das Ausscheiden aus dem Öffentlichen Dienst, obwohl man primär fragen müsste, ob diese Grenze nicht schon für sich fragwürdig ist. an sich moniert, Aber vielleicht gab es Gründe, welche diese Frage politisch nicht opportun erscheinen ließen. Angegriffen haben Kommission und Urteil vielmehr nur das Herabsetzen der Altersgrenze, insb. die zu rasche Änderung. Frühere Urteile zur Altersdiskriminierung beurteilten hingegen nicht die Änderung der Regelung, sondern die Regelung. Dies gilt auch für das Urteil Hennigs, das die allmähliche Änderung nur bei der Rechtfertigung der Übergangsregelung berücksichtigte.³⁵ Das vorliegende Urteil beschreitet insoweit als Neuland.

Das Urteil zu Ungarn gewinnt in der Folge aus dem Verbot von Regelungen, die unsachlich an das Alter anknüpfen, einen Vertrauensschutz vor plötzlichen und erheblichen Änderungen. Schon in früheren Urteilen zur Altersdiskriminierung wurde gefragt, ob die Regelung die Interessen der Betroffenen übermäßig beeinträchtigt. Allerdings wurde dieses Kriterium dort an die unveränderte Regelung angelegt (die Berufung auf Vorjudikatur im Urteil zu Ungarn macht diese Verschiebung des Gehalts bei Beibehaltung der Wortwendungen – wie häufig – nicht deutlich). Die Ableitung eines Vertrauensschutzes aus dem Diskriminierungsverbot ist allerdings diskussions-, wenn nicht fragwürdig. Dies zeigt sich schon wenn man sich eine Regelung vorstellt, die das Rentenalter (zu plötzlich) hinaufsetzt, weil man erkannt hat, dass die bisherige Regelung aufgrund des Alters diskriminiere. Ist aus dem vorliegenden Urteil etwa abzuleiten, dass eine allmähliche Anhebung dann nicht nur zulässig ist (wie schon das Urteil Hennigs nahelegt), sondern sogar geboten ist? Dies würde eine neue Dimension in die Diskriminierungsverbote bringen, die bislang auf den Schutz von Vertrauen wenig Bedacht nahmen. Fraglich ist ferner das Verhältnis der Korrektur einer Ausnahme zum Diskriminierungsverbot. Man stelle sich wieder den umgekehrten Fall vor: Die Neuregelung gleicht das Rentenalter

³⁵ EuGH Rs. C-297/10 und C-298/10, Hennigs, Slg 2011, I-0000.

für eine kleinere Gruppe an das höhere allgemeine Rentenalter an. Das Urteil legt nahe, dass das Beseitigen einer Ungleichheit hier bei der Frage, ob die rasche Änderung erforderlich ist irrelevant sei, was nicht überzeugen würde. Das schneidige Vorgehen hat daher vielleicht zweischneidige Folgen (wenn man aus diesem Urteil Allgemeines ableiten sollte). Schließlich ist überhaupt fraglich, inwieweit es sinnvoll und legitim ist, spezifische Diskriminierungsverbote stetig mehr an den Inhalt eines Gleichheitssatzes anzugleichen. Das bedarf aber einer umfassenderen Diskussion. Die Tatsache, dass die Ausweitung der Diskriminierungsverbote zu einem allgemeinen Gleichheitssatz den Bereich erweitert, in dem Unionsrecht „durchgeführt“ wird, allein ist jedenfalls noch kein ausreichender Grund dafür.

Zum Befristungsrecht seien zwei Urteile genannt.³⁶ Im Sachverhalt zum Urteil *Kücük* der Zweiten Kammer war Frau Kücük beim Land NRW auf der Grundlage von insgesamt dreizehn befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit von Juli 1996 bis Dezember 2007 beschäftigt, und zwar als Justizangestellte beim Amtsgericht Köln.³⁷ Die befristeten Verträge wurden stets zur Vertretung von anderen ArbN, die vorübergehend beurlaubt waren, geschlossen. Der Anhang zur Befristungs-RL verbietet eine missbräuchliche Verwendung wiederholter Befristungen des Arbeitsvertrages, und verlangt von den Mitgliedstaaten eine von drei Maßnahmen zur Verhinderung von Missbrauch, darunter die Bindung an sachliche Gründe. In reichlich langatmigen und teils redundanten Ausführungen gelangt die Zweite Kammer zum Ergebnis, dass ein ArbG auch dann nicht missbräuchlich handelt, wenn er auf einen vorübergehenden Mangel an Arbeitskräften, der wiederholt oder sogar dauerhaft auftritt, mit der Wiederholung befristeter Arbeitsverträge reagiert. Selbst wenn die Größe des Unternehmens und die Zusammensetzung des Personals darauf schließen lassen, dass der

³⁶ Die Vorlage zu Rs. C-361/12 (*Carratù/Poste Italiane*) fragt zu den Konsequenzen einer unzulässigen Befristung, nämlich ob die vom nationalen Recht vorgesehene Nichtigkeitsfolge durch die überlange Dauer des Verfahrens völlig ineffektiv gemacht werden darf.

³⁷ EuGH Rs. C-586/10, *Kücük*, Slg 2012, I-0000; dazu *Greiner*, *EuzA* 2012, 529 ff. Vgl. ferner *Kamanabrou*, Die Kettenbefristung zur Vertretung, *EuZA* 2012, 641 ff.

Arbeitgeber wiederholt oder ständig Vertretungskräften braucht, verlange die RL nicht den Abschluss unbefristeter Verträge für die Vertretungskräfte. Ein solches Verlangen gehe über die Ziele der RL hinaus. Dies erstaunt bei einer elfjährigen Beschäftigung doch, zumal die RL in ihrer Präambel den unbefristeten Vertrag als die normale Form der Beschäftigung nennt. Die Forderung nach praktischer Wirksamkeit, die dem EuGH zuweilen so leicht aus der Feder fließt, wäre hier am Platz gewesen. Allenfalls kann man für das Urteil vorbringen, dass das Urteil nicht ausdrücklich mit der Konstellation befasst war, in der der Arbeitgeber einen neuen befristeten Vertrag zur Vertretung verwehrt, obwohl der Vertretungsbedarf wieder auftritt. Das BAG hat auch für diesen Fall – damals nach zwölf Jahren – die Kettenbefristungen und deren Beendigung für unbedenklich gehalten.³⁸ Ich habe dazu in einer Urteilsanmerkung vertreten, dass diese Großzügigkeit wertungsmäßig sehr schlecht zur sonstigen Strenge bei Kündigungen passe. Ähnliches könnte man auch zum Urteil Kücük sagen.

Im Urteil *Martial Huet* (C-251/11) der Sechsten Kammer, einer Kleinen, ging es um die Umwandlung eines befristeten in einen unbefristeten Vertrag.³⁹ Herr Huet war von 2002 bis 2008 aufgrund mehrerer befristeter Arbeitsverträge ohne Unterbrechung als wissenschaftlicher Mitarbeiter einer bretonischen Universität beschäftigt. 2008 bot sie ihm auf Antrag einen unbefristeten Arbeitsvertrag als Forschungsingenieur an, und zwar mit geringerem Entgelt als zuvor. Herr Huet schloss den Vertrag ab, klagte aber dann auf Verbesserung seines Vertrages, weil das französische Recht seiner Meinung nach nicht erlaube, bei Umwandlung in einen unbefristeten Arbeitsvertrag Arbeitsbedingungen und Entgelt zu verschlechtern. Das Gericht fragte dazu, ob sich ein solches Verbot aus der Befristungs-RL ergeben. Der Kläger Huet hat sich allerdings gegen die Befassung des EuGH gewandt, weil keine Verfahrenspartei auf die RL Bezug genommen habe. Der EuGH verwirft den Einwand, der immerhin belegt, dass die Befassung des EuGH von Privaten nicht stets als Wohltat

³⁸ BAG 20.2.2002, 7 AZR 600/00, SAE 2003, 62 ff. m. Anm. *Rebhahn*.

³⁹ EuGH Rs. C-251/11, *Martial Huet*, Slg. 2012, I-0000.

gesehen wird. Die Kommission hat gemeint, die vorgelegte Frage falle nicht in den Regelungsbereich der Richtlinie. Der EuGH folgt dem nicht, weil die Umwandlung eine Maßnahme zur Missbrauchsvermeidung sein kann. Dies erstaunt doch, zumal der EuGH schon früher gesagt hatte, die Richtlinie verpflichte selbst bei missbräuchlicher Verwendung von Kettenbefristungen nicht stets zum Abschluss eines unbefristeten Vertrages, sondern überlasse die Sanktion dem nationalen Recht. Dies wird hier wiederholt, und daraus zuerst gefolgert: Ein Mitgliedstaat, der die Umwandlung befristeter Arbeitsverträge in einen unbefristeten Arbeitsvertrag vorsieht, wenn die befristeten Arbeitsverträge eine bestimmte Dauer erreicht haben, ist nicht verpflichtet, vorzuschreiben, dass die wesentlichen Bestimmungen des vorherigen Vertrags in den unbefristeten Arbeitsvertrag übernommen werden. Allerdings wird dies im Anschluss wiederum wesentlich eingeschränkt. Um nämlich die mit der Befristungs-RL „verfolgten Ziele nicht zu vereiteln und ihr nicht die praktische Wirksamkeit zu nehmen, hat der Mitgliedstaat darauf zu achten, dass die Umwandlung befristeter Arbeitsverträge in einen unbefristeten Arbeitsvertrag nicht mit tiefgreifenden Änderungen der Bestimmungen des vorherigen Vertrags einhergeht, die für den Betroffenen insgesamt zu einer Verschlechterung führen, wenn der Gegenstand seiner Tätigkeit und die Art seiner Aufgaben gleich bleiben.“⁴⁰ Eine deutliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen würde den ArbN nämlich davon abhalten können, die Umwandlung zu begehren. Auffällig ist m.E. die wertungsmäßige Diskrepanz zwischen den Urteilen Kücük und Huet. Das Urteil Kücük ist eher großzügig, das Urteil Huet eher kleinlich. Die Linie des Urteils Huet wurde im Oktober im Urteil *Valenza* (C-302/11) fortgesetzt.⁴¹ Italien hat für wiederholt befristete Staatsbedienstete in einer Stabilisierungsaktion die Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorgesehen, bei der Einstufung in diesen sollen aber die Zeiten befristeter Beschäftigung nicht angerechnet werden. Der EuGH hält dies nur dann mit der Befristungs-RL für vereinbar, wenn sachliche

⁴⁰ EuGH Rs. C-251/11, *Martial Huet*, Slg. 2012, I-0000 Rn. 46.

⁴¹ EuGH Rs. C-302/11, *Valenza*, Slg. 2012, I-0000.

Gründe für die Nichtanrechnung sprechen. Die bloße Tatsache der Befristung reiche dafür nicht aus. Aber auch der Umstand, dass die Aufnahme in ein unbefristetes Verhältnis normalerweise nur nach einem Concorso erfolge, könne die völlige Nichtanrechnung nicht rechtfertigen. Einige neuer Urteile betreffen wiederum den Anspruch auf bezahlten *Jahresurlaub* nach Art. 7 der Arbeitszeit-RL 2003/88/EG. Das Urteil *Dominguez* der Großen Kammer betraf eine ArbNin, die von November 2005 bis Januar 2007 unfallbedingt krankgeschrieben war.⁴² Sie verlangte den Urlaub für diese Zeit, insb. für 2006. Das Urteil bekräftigt die Auffassung, dass das nationale Recht den Anspruch auf Jahresurlaub bei ordnungsgemäß krankgeschriebenen Arbeitnehmern nicht von der Voraussetzung abhängig machen darf, dass sie während des von diesem Staat festgelegten Bezugszeitraums tatsächlich gearbeitet haben, nicht einmal von der Voraussetzung einer Mindesttätigkeit von zehn Tagen. Nach Art. 7 RL kommt es zwar dem nationalen Recht zu, die Voraussetzungen für die Ausübung und die Umsetzung des Anspruchs festzulegen, der EuGH bezieht dies aber nicht auf die Begründung des Anspruches. Manche sagen dann, dies werde jene ArbN, die kündigen können, dazu motivieren, bei langen Krankenständen zu kündigen; dies könnte wie gesagt in einem Spannungsverhältnis zu Art. 30 GRC stehen. Das Urteil *Neidel* betraf einen deutschen Feuerwehrbeamten, der von Juni 2007 bis August 2009 krank war und dann altersbedingt mit 60 pensioniert wurde.⁴³ Er verlangte Urlaubsabgeltung für die Zeit seiner Krankheit. Der EuGH bejahte den Anspruch, soweit es den von der Arbeitszeit-RL geforderten Mindesturlaub von vier Wochen betrifft. Ferner sagt er, dieser Anspruch müsse während einer Zeitspanne geltend gemacht werden können, die deutlich länger sein müsse als der Bemessungszeitraum, also als ein Jahr. Auch diese Entscheidung zeigt also die Stellung des Jahresurlaubes zwischen Erholungszweck, der hier sicher nicht mehr eingreift, und zusätzlichem Entgelt. Im November hat das Urteil *Heimann* (C-229/11) nun gezeigt, dass die Arbeitszeit-RL bei

⁴² EuGH (GK) Rs. C-282/10, *Dominguez*, Slg. 2012, I-0000.

⁴³ EuGH Rs. C-337/10, *Neidel*, Slg. 2012, I-0000.

Suspendierung der Arbeitspflicht nicht stets verlangt, dass der Urlaubsanspruch dennoch erworben wird. So ist es mit ihr vereinbar, wenn während einer Zeit der Kurzarbeit der Urlaubsanspruch aliquot verringert oder während einer Kurzarbeit-Null gar keine Anwartschaft erworben wird. Hier darf der Urlaubsanspruch pro rata temporis berechnet werden. Allerdings wurde dies für den Fall bejaht, dass die Kurzarbeit in einem Sozialplan vorgesehen ist, und auch spezifisch dafür begründet. Fraglich ist daher, wie bei nur vertraglich vereinbarter Suspendierung vorzugehen ist. Bemerkenswert ist ferner, dass der EuGH hier wieder die in einem früheren Urteil vertretene These wiederholt, wonach bei Teilzeitbeschäftigung der Urlaubsanspruch nur aliquot zustehe; dies ist nach wie vor fragwürdig, weil vier Wochen Mindesturlaub wohl auch bei regulärer Halbtagsarbeit auf vier Wochen Urlaub hinauslaufen sollen. Für Deutschland kaum, für Österreich aber sehr bedeutsam ist das Urteil *ANGED*.⁴⁴ Ein spanischer Tarifvertrag sah vor, dass auch Tage, an denen der ArbN nach Urlaubsantritt krank und arbeitsunfähig ist, auf den Urlaub angerechnet werden. Der EuGH hält dies für unzulässig, weil der Jahresurlaub einen anderen Zweck habe als ein „Krankheitsurlaub“. Ich habe die neueren Urteile zum Urlaub hier auch deshalb vorgetragen, weil sie schön zeigen, mit welchen Details des Arbeitsrechts sich der EuGH heute befassen muss. Zumindest wurden die Rechtssachen Neidel und *ANGED* demselben Berichterstatter und damit derselben Kammer sowie derselben Generalanwältin zugewiesen. Eine feste Geschäftsverteilung gibt es bekanntlich nicht, der Präsident kann nach Belieben zuteilen.

Um den Begriff des Arbeitnehmers ging es im Urteil *O'Brien* (C-393/10). Herr O'Brien, Queen's Counsel, war von 1976 bis 2005 Recorder des englischen Crown Court, und damit ein tageweise teilzeitbeschäftigter Richter. Das Ministry of Justice bezahlt zwar Vollzeitrichtern eine Altersrente, verweigerte Herrn O'Brien aber auch eine anteilige Altersrente eines Vollzeitrichters mit der Begründung, die Teilzeitbeschäftigung eines Recorders begründe kein Arbeitsverhältnis. Dem EuGH wurde die Frage

⁴⁴ EuGH Rs. C-78/11, *ANGED*, Slg. 2012, I-0000.

vorgelegt, ob dies mit der Teilzeit-RL 97/81 vereinbar ist, welche die Diskriminierung von Teilzeitarbeit verbietet. England sieht Richter traditionell nicht als Arbeitnehmer. Zuerst war daher zu entscheiden, ob englische Richter unter „Beschäftigte, die einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen“ fallen. Der EuGH hält treffend fest, dass die Teilzeit-RL die genauere Umschreibung des ArbN-Begriffes an sich dem nationalen Recht überlässt. Dies verdient hervorgehoben zu werden, weil man aus Luxemburg auch schon anderes hörte. Allerdings dürfe diese nationale Gestaltungsmöglichkeit nicht die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gefährden, indem nach Belieben manche Personalkategorien ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss kann nur zugelassen werden, wenn das betreffende Rechtsverhältnis „seinem Wesen nach erheblich anders ist als dasjenige, das Beschäftigte, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, mit ihren Arbeitgebern verbindet.“⁴⁵ Der EuGH tendiert zur Auffassung, dass dies bei den Recordern in Bezug auf die für den ArbN-Begriff relevanten Umstände nicht zutrifft, und verweist dazu darauf, dass „von 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. Außerdem ist festzustellen, dass Richter nach dem Vorlagebeschluss Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Mutterschafts- bzw. Vaterschaftsgeld und ähnliche Leistungen haben.“ Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung werde durch die Einordnung als ArbN nicht beeinträchtigt. Für den Fall, dass das nationale Gericht die Recorder als ArbN sieht, dürfe ihnen dann der Zugang zur Altersrente nur aus objektiven Gründen verwehrt werden. Sie würden nämlich inhaltlich dieselbe Tätigkeit wie Vollzeitrichter ausüben. Der EuGH sieht keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund für eine Benachteiligung. Bemerkenswert ist überdies, dass der EuGH kurz und bündig die Anwendung des Diskriminierungsverbotes auch für die Jahre vor Inkrafttreten der RL verlangt, also die rückwirkende Begründung einer

⁴⁵ EuGH Rs. C-393/10, O’Brien, Slg. 2012, I-0000 Rn. 42 ff.

Anwartschaft für die Jahre 1978 bis 2000, weil es um die Auswirkungen nach Inkrafttreten der Unionsrechtsnorm geht.⁴⁶ Diese Auffassung entspricht zwar dem allgemeinen Grundsatz und der Judikatur zu verschiedenen Diskriminierungsverboten. Zu diesen lassen sich für die materielle Rückwirkung auch taugliche Gründe finden, etwa beim Verbot der Geschlechtsdiskriminierung dessen hoher Rang und das Bestreben, Frauen nicht noch länger auf Gleichbehandlung warten zu lassen. Dies mag auch beim Verbot einer Benachteiligung von Teilzeitarbeit zutreffen, weil diese eben meist von Frauen geleistet wurde und wird. Ein Verbot, Teilzeitarbeit als solche zu benachteiligen, wäre aber wohl nicht schwerwiegend genug, um es rückwirkend anzuwenden. Allerdings ist fraglich, ob solche differenzierten Erwägungen beim EuGH Anklang finden.⁴⁷

Makroebene

Zur Makroebene möchte ich drei Entwicklungen ansprechen, welche die Rahmenbedingungen für das Arbeitsrecht in Zukunft beeinflussen und teils verändern dürften.

⁴⁶ EuGH Rs. C-393/10, O'Brien, Slg. 2012, I-0000 Rn. 25. Vgl. dazu z.B. *Rebhahn*, Zur Korrektur einer Diskriminierung für die Vergangenheit, wbl (Wirtschaftsrechtliche Blätter) 2012, 481 ff. (Teil I) und 552 ff. (Teil II).

⁴⁷ Das Urteil *Mahamdia* (C-154/11) der Großen Kammer vom Juli 2012 betraf das EuVVÜ. Herr Mahamdia, der die algerische und die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und in Deutschland wohnt, schloss 2002 mit der Volksrepublik Algerien einen – verlängerbaren – Vertrag über die Beschäftigung als Zeitbediensteter für die Dauer von einem Jahr für die Tätigkeit als Kraftfahrer bei der algerischen Botschaft in Berlin. Anfang August 2007 klagte er in Berlin auf Bezahlung von Überstunden. Ende August erhielt er die Kündigung, und klagte daraufhin auch gegen diese. Fraglich war die Zuständigkeit des deutschen Gerichts. Art. 18 der Verordnung 44/2001 bestimmt für Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag in Abs. 2: „Hat der Arbeitgeber ... im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats hätte.“ Der EuGH hat sich daher gefragt, ob die Botschaft Algeriens in Berlin eine Niederlassung iSd Art. 18 ist. Er hat dies in Bezug auf all jene ArbN bejaht, die mit wirtschaftlichen und nicht mit hoheitlichen Aufgaben betraut sind. Die völkerrechtliche Immunität stehe der Gerichtsbarkeit eines Mitgliedstaates dann nicht entgegen. Ob der Kläger wirtschaftliche Aufgaben erfüllte, müsse das nationale Gericht beurteilen. Für das Arbeitsrecht interessanter sind die Ausführungen zum zweiten Streitpunkt, nämlich einer Gerichtsstandvereinbarung. Der französisch abgefasste Arbeitsvertrag enthielt folgende Klausel: „Im Falle von Meinungsverschiedenheiten oder Streitigkeiten, die sich durch den vorliegenden Vertrag ergeben, sind ausschließlich die algerischen Gerichte zuständig.“ Art. 21 der Verordnung bestimmt allerdings: „Von den Vorschriften dieses Abschnitts kann im Wege der Vereinbarung nur abgewichen werden, 1. wenn die Vereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wird oder 2. wenn sie dem Arbeitnehmer die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen.“ Der EuGH kommt hier zum naheliegenden Schluss, dass Art. 21 Z 2 nur einen zusätzlichen Gerichtsstand für den ArbN zulassen will, nicht aber den Ausschluss eines von der Verordnung vorgesehenen Gerichtsstandes. Immerhin wissen wir dies nun von der Großen Kammer bestätigt.

1. Konstitutionalisierung

Das traditionelle Arbeitsrecht wird geprägt durch die Interessenauseinandersetzung zwischen ArbN und ArbG in Kollektiven Verhandlungen und Konflikten sowie der Einflussnahme auf die politische Willensbildung in den Parlamenten; soweit die Parlamentsmehrheit die Fortentwicklung durch Gerichte nicht billigt, kann sie dies mit einfacher Mehrheit korrigieren. Diese Regelbildung wird aber zunehmend überlagert durch die Entscheidung von Interessenkonflikten durch Verfassungsgerichte anhand von Grundrechten, Entscheidungen die das Parlament nicht mehr durch einfache Mehrheit korrigieren kann. Nur in wenigen Staaten (darunter Deutschland) war diese „Konstitutionalisierung“ (auch) des nationalen Arbeitsrechts schon seit längerem stark ausgeprägt, in anderen (darunter Österreich) war sie entweder schwächer oder fehlte weitgehend.

Viele sehen in der Konstitutionalisierung des Rechts einen großen Fortschritt. Nüchtern betrachtet geht es dabei zum einen um die Verschiebung der Entscheidungsmacht vom Parlament hin zu Gerichten, bei Unionsrecht und EMRK überdies um die Verschiebung vom Vertragsstaat zum europäischen Richter. Zum anderen geht es um das Erschweren von Gestaltungen durch die Politik, bis das zuständige Gericht entschieden hat. Diese Machtverschiebungen sind umso größer, je vager die „Vorgaben“ formuliert sind. Grundrechte sind oft so vage formuliert, dass man daraus häufig das Eine wie dessen Gegenteil „herleiten“ kann, insb. wenn sich die grundrechtlichen Vorgaben und deren „inkorporierte“ Quellen vervielfachen (GRC, EMRK, Unionsrechtsgrundsätze; ESC, RESC, ILO-Konventionen, Gemeinschaftscharta). Diese Verlagerung hat schon im Allgemeinen beträchtliche Nachteile. Sie entzieht die Wertung zu vielen Einzelfragen dem demokratischen politischen Prozess. Bei der Freude mancher über den Machtverlust von Parlament und damit Politik scheint ein Ressentiment gegen Parlament und Demokratie mitzuschwingen. Ferner führt die Konstitutionalisierung nicht selten zu Festlegungen, die entweder den Handlungsspielraum der Politik schon bald in fragwürdiger

Weise einschränken oder aber mit Unterstützung des Gerichts beiseitegeschoben werden, was dem Ansehen des Rechts schadet. Wir sehen diese Folge derzeit deutlich bei den Festlegungen des AEUV zur Währungspolitik und damit auf einem Gebiet, das lange rechtlich wenig determiniert war.⁴⁸ Schließlich führt die Verlagerung des Problems auf die höhere Ebene nicht selten dazu, dass sich Blick und Argumentationsfeld verengen. Ein Höchstgericht ist nur selten in der Lage und/oder zuweilen auch nicht willens, jene umfassenden Erwägungen anzustellen, welche schwierige Fälle mit großer Tragweite erfordern und welche die Gesetzgeber oder die das Gesetz vorbereitende Regierung doch immer wieder anstellen. All dies schmälert die Begeisterung für die Konstitutionalisierung nicht. Manche glauben wohl, ein Machtzuwachs der Richter werde stets ihre Ziele unterstützen. Dies könnte auch ein Irrtum sein. *Tomuschat* stellt treffend fest, dass es auf europäischer Ebene ein massives Übergewicht der Gerichtsbarkeit gibt und man fragen müsse, ob Gesellschaften „gut bedient sind, wenn sie ihr Geschick in weitem Umfang von richterlicher Führung abhängig machen.“⁴⁹

Zum Arbeitsrecht enthält die Charta eine Reihe von Schutzgewährrechten, welche der Interpretation – bei entsprechendem Willen – großen Spielraum lassen. Eine „engagierte“ Auslegung würde hier dazu führen, dass die wirtschaftlichen und sozialen Interessensätze, die für das Arbeitsleben prägend waren und sind, immer mehr zu Rechtsfragen „transformiert“ werden, die man nicht mehr politisch, sondern nur mehr juristisch diskutieren kann bzw soll. Damit wird der Anschein erweckt, es handle sich um Sachfragen, obwohl es meist schlicht um Verteilung von Ressourcen und Chancen geht, oder auch nur um Kompromisse in Randfragen (z.B. zum Verfall des Jahresurlaubes bei langer Krankheit). Damit verarmen Diskurs und Demokratie.

⁴⁸ Es geht insb. um Art. 123 und 125 AEUV. Vgl. dazu jüngst EuGH (Plenum) Rs. C-370/12, Pringle, Slg. 2012 I-0000 zum ESM.

⁴⁹ *Tomuschat*, Das Europa der Richter, in: FS Röss, 2005, 857, 861.

2. Fiskalpakt und Wirtschaftsunion: Hin zum Individualismus?

Die Union und mit ihr Europa ist derzeit in einer schweren Krise, nach Ansicht mancher in der schwersten seit 1945; wenn dann kann letzteres nur für das alte Westeuropa stimmen. Diese Krise motiviert zu verschiedenen, oft schwer durchschaubaren Maßnahmen, die jedenfalls in zwei Richtungen verlaufen. Zum einen werden Ziele vorgegeben, die primär auf finanzielle Stabilität (und das Ende großflächiger Neuverschuldung der Staaten) abzielen. Zum anderen geht es um den Weg in eine Haftungs-, Schulden- und Transferunion. Vorerst zum ersten Aspekt. Die Stabilität soll durch *economic governance* auf europäischer Ebene gefördert werden. Maßnahmen dazu sind allgemein das Verfahren des Europäischen Semesters, der Euro-Plus-Pakt, spezifisch für Euro-Länder die länderspezifischen Vorgaben im Rahmen des TSCG und des Sixpack, sowie Auflagen, die für Hilfen des ESFS und des ESM gegeben werden. Dazu kommen seit längerem die Empfehlungen (OMK) im Rahmen der Beschäftigungspolitik nach Art. 148 AUV.⁵⁰ Ein wichtiges Mittel bei all diesen Maßnahmen sind Vorhaben bzw. Vorgaben zur Stärkung der Produktivität auch am Arbeitsmarkt, insb. durch Steigerung der Flexibilität.⁵¹

Der Ruf nach Stärkung von Produktivität und Flexibilität im Arbeitsrecht soll sich insb. bei Tarifverträgen und Kündigungsschutz auswirken. Bei Tarifverträgen entspricht dies dem Trend der letzten Zeit. Die Bedeutung der Kollektivverträge, insb. der Branchentarife, hat in den letzten beiden Jahrzehnten in vielen Ländern abgenommen; in den meisten neuen Mitgliedstaaten war sie nie hoch. Das Unionsrecht hat die Erosion der Tarifverträge zwar nicht unmittelbar verursacht, aber durch den Binnenmarkt doch dazu beigetragen und sie im Übrigen wohlwollend begleitet, insb. durch Regelungen zur Entsendung. Die Tarifautonomie und damit die Bedeutung des Kollektiven geraten potentiell noch an anderer Stelle unter Druck. Die Vereinbarungen zu Hilfsmaßnahmen im Rahmen

⁵⁰ Vgl. dazu z.B. *Barnard*, EU Employment Law⁴, 117 ff.

⁵¹ Vgl. dazu z.B. *Barnard*, EU Employment Law⁴, 127 ff.

des ESFS und des ESM sehen Vorgaben zur Deregulierung im Tarifbereich vor.⁵² Und im Zuge der Debatten über die Wirtschaftsunion wird immer wieder gefordert, man müsse zentral auf die Lohnentwicklung Einfluss nehmen können, etwa durch Vorgaben über die zulässigen Tarifabschlüsse.

Die abnehmende Bedeutung der Kollektiven Regelungen bei unverändertem gesetzlichem Arbeitsrecht stärkt die Bedeutung des Einzelarbeitsvertrages. Wir sehen dies auch im deutschen Arbeitsrecht. Das wichtigste juristische Thema des letzten Jahrzehntes war hier die AGB-Kontrolle, gefolgt vom Umgang mit atypischen Arbeitsverhältnissen wie der Überlassung. Man kann von einer Tendenz vom Kollektivismus hin zum Individualismus im Arbeitsrecht sprechen. Es ist durchaus fraglich, ob diese Tendenz die Produktivität insgesamt stärkt, weil die Individualisierung auch viel Energie bindet.

Die zweite wichtige Weichenstellung für die Flexibilität finden wir beim Kündigungsschutz. Dessen Niveau ist für die Produktivität ohne Zweifel bedeutsamer als viele Details des Individualarbeitsrechts, bei denen es den Unternehmen letztlich nur auf die Gesamtkosten ankommt. Das Niveau des Kündigungsschutzes ist in der EU nun seit langem sehr unterschiedlich. Der Binnenmarkt hat kaum eine Annäherung der Schutzniveaus bewirkt. Deutschland hat nicht das strengste Regime, ist aber doch im strengeren Bereich. Man kann zwar nicht allgemein sagen, dass der wirtschaftliche Erfolg mit der Stärke dieses Schutzes negativ korreliert. Unbestreitbar ist, dass die südeuropäischen Länder im Schutzniveau an der Spitze lagen. Beim Kündigungsschutz ist die Tendenz zum Individualismus, genauer zur Eigenverantwortung der Arbeitenden für die Behauptung am Arbeitsmarkt, bisher sehr unterschiedlich ausgeprägt. Erst in den letzten Jahren gab es hier auch in südeuropäischen Ländern relevante Reformvorhaben. Wesentliches wurde allerdings nur in Spanien und Portugal geändert. In Italien wurde eher nur darüber geredet, das Beschlossene dürfte kaum Wesentliches geändert haben. Griechenland hat

⁵² Vgl. dazu z.B. *Barnard*, EU Employment Law⁴, 137 ff.

das allgemeine Regime hingegen bis jetzt nicht geändert. Dort ist nach wie vor für jede Massenkündigung eines größeren Teiles einer Belegschaft eine behördliche Genehmigung erforderlich, die jedenfalls früher nie erteilt wurde. In Frankreich dachte die neue Regierung sogar über eine Verschärfung des ohnehin vergleichsweise teuren Schutzes nach. Jedenfalls verbal wurde aber bislang von vielen eine Abschwächung des Kündigungsschutzes dort gefordert, wo er über dem Durchschnitt liegt, auch im Rahmen der „strengen Auflagen“ für Rettungsmaßnahmen.

Manche fragen allerdings, inwieweit die Bemühungen der Union, Kündigungsschutz und Tarifautonomie abzuschwächen, mit Art. 30 und 28 GRC im Einklang stehen. Der Hinweis, es handle sich nur um soft law, stimmt zuweilen nicht. So dürfte es sich etwa bei den Vorgaben für Strukturreformen im Rahmen des ESFS, die in Memorandum of understanding vereinbart wurden,⁵³ um unionsrechtliche Vorgaben handeln. Zum ESM, dem Nachfolger des ESFS, hat der EuGH aber jüngst entschieden, dass der ESM nicht Unionsrecht durchführt und daher die Charta nicht anwendbar ist.⁵⁴ Daher ist auch das Grundrecht auf gerichtlichen Rechtsschutz hier nicht anwendbar.

Es verbleiben die anderen Einflussmöglichkeiten. Dazu erscheint fraglich, ob die Grundrechte die Organe der Union auch binden, wenn sie nicht hoheitlich handeln. Sollte man dies bejahen,⁵⁵ dann ist die materielle Vereinbarkeit der Vorgaben mit der Charta entscheidend. Beim Abbau eines sehr starken Kündigungsschutzes, der auf das europäische Durchschnittsmaß hin orientiert wird, ist dies zu bejahen. Die Charta enthält kein Verbot eines Abbaus bestehender Positionen im Schutzbereich, solange das vom Grundrecht geforderte Niveau nicht unterschritten wird. In Bezug auf ein Zurückdrängen der Tarifautonomie durch Lohnvorgaben dürfte es hingegen schwieriger sein, die Vereinbarkeit darzutun. Zu überlegen wäre dazu, inwieweit die wirtschaftliche Lage eine Einschränkung von unionsrechtlich

⁵³ Z.B. für Irland Beschluss des Rates 2011/77/EU OJ [2011] L 30/34.

⁵⁴ EuGH (Plenum) Rs. C-370/12, Pringle, Slg. 2012 I-0000 Rn. 179 ff.

⁵⁵ Nicht eindeutig z.B. Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV-AEUV⁴ Art. 51 Rn. 5.

gewährleisteten Rechten im Wirtschaftsbereich rechtfertigen kann. Die pauschale und apodiktische Judikatur des EuGH, wonach wirtschaftliche Erwägungen hier nicht zur Rechtfertigung taugen, spricht dagegen. Allerdings ist sie in einer Rechtsordnung, die sich bisher so stark an wirtschaftlichen Erwägungen orientiert hat, ohnehin eher seltsam.

3. Zurück zum Kollektivismus?

Die Bemühungen um Abbau von überdurchschnittlichem Kündigungsschutz und der Bedeutungsverlust von Tarifverträgen entsprechen einer Entwicklung hin zum Individualismus. Das Fördern von Individualismus, operationalisiert durch das Fördern von Marktbeziehungen, wurde von vielen als das Paradigma der bisherigen Politik und Rechtsprechung der Union gesehen. Es geht einher mit der Förderung von Eigenverantwortung und einer geringeren Wertschätzung für Kollektives als sie früher vorherrschte. Allerdings ist fraglich, ob in den letzten beiden Jahren nicht wieder – vorerst auf sehr hoher Ebene – das Paradigma des Kollektiven entscheidend an Terrain gewinnt. Ich meine damit den Trend zur Haftungs- und Schuldenunion und damit zur „Solidarität“ zwischen den Mitgliedstaaten. Nicht wenige meinen, dass dies die Eigenverantwortung, hier der Mitgliedstaaten und deren Bevölkerung, und damit letztlich das wesentliche Element des Marktes zurückdränge. Es ist hier nicht der Ort, die Elemente dieses Trends in der Währungs- und Rettungspolitik darzulegen.

Sollte es aber zutreffen, dass eine gewisse Verschiebung des Paradigmas der Unionspolitiken auf dem Weg gebracht wurde, so kann man nach den Folgen der Verschiebung für das Arbeitsrecht fragen, zur Antwort aber nur spekulieren.

Zum einen könnte die auferlegte Solidarität die unterstützenden Mitgliedstaaten verstärkt fordern lassen, dass die sozialen Rechte in den unterstützten Staaten nicht deutlich besser sind als in ihnen. Dies könnte dem Bemühen Auftrieb verleihen, das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten, insb. zum Kündigungsschutz, doch stärker zu harmonisieren. Bislang stand eine Harmonisierung des Arbeitsrechts nicht auf der Tagesordnung,

auch wenn dies in der Praxis viele erwartet haben. Das rechtliche Instrumentarium der Union zu dieser Harmonisierung ist allerdings reichlich ungeeignet, weil die sozialpolitische Kompetenz des Art. 153 AEUV nur Mindestvorschriften erlaubt und überdies zu manchen Fragen wie Kündigungsschutz Einstimmigkeit im Rat erforderlich ist. Bislang sehen die Verträge hier leider nicht die Möglichkeit vor, Korridorvorschriften zu erlassen, welche ein Mindest- und ein Höchstmaß des Schutzes vorgeben. Allerdings ist nicht sicher, dass eine Korridorrichtlinie tatsächlich zur gewünschten Annäherung der Rechtslagen innerhalb des Korridors führt. Gerade beim Kündigungsschutz ist letztlich die Anwendung im Einzelfall entscheidend, und diese ist schwer zu überprüfen ist. Erfolgversprechender wären Korridorregelungen zu Kündigungsfristen und Höhe der Abfindungen.

Zum anderen könnte die auferlegte Solidarität „im Großen“ wieder jenen Auftrieb geben, welche auch „im Kleinen“ wie den Details des Arbeitsrechts für mehr kollektive Elemente und damit weniger Individualismus und Eigenverantwortung plädieren. Ich halte es nämlich für wenig wahrscheinlich, dass man auf der Ebene der Mitgliedstaaten nun große Solidarität, auf der Ebene der einzelnen hingegen weiter primär Markt und Eigenverantwortung predigen und praktizieren kann. Wer bisher in der Union primär ein Mittel zur Beförderung von Markt und Wettbewerb gesehen hat, könnte also enttäuscht werden.

**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. 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. 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. Gerhard Wagner, 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 Schriftreihe 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

- Nr. 162 Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
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 Amtenbrink, 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 Schruff, 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 Leueling, 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