



Europarechtliches Symposium 2022

Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 12. - 13. Mai 2022

Referat von

Prof. Dr. Tiziana Chiusi
Universität Saarbrücken

zum Thema

**„Rechtsprechung des EuGH und EU-Gesetzgebung:
Einflüsse, Auswirkungen,
Wechselwirkungen - Anmerkungen zur
Gewaltenteilung in der Europäischen Union“**

Rechtsprechung des EuGH und EU-Gesetzgebung

Tiziana J. Chiusi, Universität des Saarlandes

I. Einleitendes zur Fragestellung

Spätestens seit der Epoche des Naturrechts ist die Möglichkeit einer richterlichen Normsetzung kritisch hinterfragt worden und bildet ein wiederkehrendes Objekt der rechtspolitischen Diskussion. Die Spannbreite möglicher Antworten hängt von dem Rahmen ab, innerhalb dessen das Problem erörtert wird. Vor dem Hintergrund der auf Montesquieu zurückgehenden Gewaltenteilungslehre spräche vieles dafür, den Richter als „unpolitischen“, gesetzesvollziehenden Akteur zu betrachten. Rechtshistorisch stellt dieses Konzept allerdings nicht nur die Konsequenz des Prinzips der Gesetzesbindung der Rechtsprechung als Ausdruck der Volkssouveränität dar, sondern es beschreibt den Traum der Vollständigkeit anstrebenden Gesetzgebers von den Digesten Kaiser Justinians im 6. Jh. n. Chr. bis zum – demokratisch legitimierten – code Napoléon von 1804. Freilich sind Worte, auch die eines Gesetzes, ihrer Natur nach auslegungsbedürftig, so daß dieser Traum, Richter und im allgemeinen Juristen überflüssig werden zu lassen, der Auseinandersetzung mit der Wirklichkeit nicht standhält. Das Recht als historisches Phänomen entwickelt sich mit einer Dynamik, der kein Gesetzgeber hinterherlaufen bzw. -rennen kann. Die Aufgabe der Anpassung der *verba legis* an den konkret zu beurteilenden Sachverhalt kann deswegen nur von Juristen, insbesondere Richtern, geleistet werden.

Mag all das eine triviale Erkenntnis sein, so stellt sich aber die Frage nach den Grenzen der Auslegung des Gesetzes. Diese Frage wäre mit dem Hinweis auf die traditionellen Auslegungsmethoden nur unzureichend beantwortet. Die Antwort hängt von der Qualität des einschlägigen Gesetzes ab, nach welchem der Richter den Fall entscheiden muß. Die Notwendigkeit seiner Eigeninterpretation ist dabei umgekehrt proportional zu der Zielgenauigkeit – als Zivilrechtlerin bin ich versucht zu sagen: der rechtsdogmatischen Überzeugungskraft – der Anweisungen des Gesetzgebers. Mit anderen Worten: je schwächer das Gesetz, desto stärker muß der Richter sein.

Philipp Heck hat das Verhältnis des Gesetzgebers zum Richter als das des Herrn zum Diener bezeichnet. Günter Hirsch hält dies unter dem Aspekt von Art. 20 Abs. 2 GG, der die Bindung

des Richters „an Gesetz und Recht“ normiert, nur noch für „begrenzt richtig“¹. Stattdessen will er das Bild von Pianist und Komponist auf das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber anwenden. Der Pianist habe Interpretationsspielräume, dürfe aber das Stück nicht verfälschen. Das mag richtig sein; freilich wird damit das *thema probandum* nur verschoben. Wo endet die notwendige Interpretationsfreiheit, wo beginnt die Verfälschung? Diese Frage ist nun nicht mehr trivial. Es geht letztlich um Geltung und Auswirkungen des Demokratieprinzips und des oben genannten Gewaltenteilungsprinzips.

Daher überrascht es nicht, wenn Gerichte für Entscheidungen kritisiert werden, die das Potential haben, im Sinne einer richterlichen Normsetzung wahrgenommen zu werden. Gerade der EuGH ist häufig Ziel von Kritik geworden, die über die bloße Urteilsbewertung hinausgeht und sich zu einer die Autorität und Legitimität des Gerichts unterminierenden Institutionenkritik formiert. Ist diese gerechtfertigt? Dabei werden zumeist einzelne, politisch wirkmächtige und bisweilen juristisch umstrittene Urteile in den Fokus genommen – auf einige werden wir heute nochmals zurückkommen. Hier interessiert vor allem, ob und inwieweit die Aufgabe der Auslegung von Richtlinien, insbesondere dank der von den nationalen Gerichten zur Vorabentscheidung vorgelegten Fälle, in Rechtsetzung münden darf. Formulierungen, die in diese Richtung deuten, sind oft in der Literatur zu finden².

Deswegen fand ich, als ich vor einiger Zeit als Dekanin ein Grußwort bei der Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes in Saarbrücken sprechen durfte, die Fragestellung der Organisatoren sehr anregend, die sich gerade mit dem Thema „EuGH im Arbeitsrecht – Motor oder Kompetenzkrake“ befaßte. Ich berichtete von einem Forschungsprojekt, das an meinem Lehrstuhl anlaufen sollte und sich durch eine systematische und parallele Untersuchung von Richtlinien und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH der Frage nach Einflüssen, Auswirkungen und Wechselwirkungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung auf Unionsebene widmen wollte. Will man nämlich diesbezüglich fundierte methodische Aussagen treffen, gilt es – über einzelne Entscheidungen hinaus – großflächig zu untersuchen, in welchem kausalen Verhältnis die Rechtsprechung des EuGH zur europäischen Normsetzung steht. Dieser

¹ Hirsch, Zwischenruf – Der Richter wird’s schon richten, ZRP 2006, 161.

² Etwa „Die EntsendeRL setzt um, was der EuGH in drei Entscheidungen in den 1980er und 1990er Jahren in *obiter dicta* angedeutet hatte“, s. EuArbRK/Krebber²² RL 96/71/EG Art. 1 Rdn. 1; zur EntsendeRL auch Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, Berlin² (2021) 219: „Auslöser“; häufig verweist die Richtlinienbegründung auf konkrete Entscheidungen des EuGH oder der Richtlinien text selbst fordert eine Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs, s. RL 2019/1152/EU (TransparenzRL) in Erwägungsgrund 8 sowie Art. 1 Abs. 2; kritisch hierzu und darüber hinaus zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union v. 28.10.2020 Klumpp, Der Kommissionsvorschlag zu einer Mindestlohnrichtlinie, EuZA 2021, 284, 300: „problematische Öffnung der Richtlinie hin zur Rechtsprechung des EuGH“.

Ankündigung verdanke ich offenbar die unerwartete Ehre – ich bin keine Arbeitsrechtlerin, sondern Rechtsvergleicherin, Zivil- und Römischrechtlerin – heute hier, am Bundesarbeitsgericht in Erfurt, sprechen zu dürfen.

Die Arbeit der Sichtung von Richtlinien, Verordnungen und EuGH-Rechtsprechung hat sich aufgrund des schieren Umfangs des zu untersuchenden Materials als aufwendiger und schwieriger als gedacht erwiesen, so daß ich mittlerweile bezweifle, das Projekt nur mit den personellen Ressourcen meines Lehrstuhls in absehbarer Zeit zu Ende bringen zu können; vielleicht gelingt es mir, zusätzlich Drittmittel einzuwerben. So ist zum Beispiel bei der Insolvenzschutz-Richtlinie, die ursprünglich 1980 verabschiedet wurde, eine zwischenzeitliche Ergänzung anlässlich des Beitritts neuer Mitgliedstaaten festzustellen, eine Änderung im Jahr 2002 durch RL 2002/74/EG, die auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH vorgenommen wurde, sowie eine im Jahr 2008 erfolgte geordnete Neufassung, eine sogenannte Kodifikation³. Allein das Arbeitsrecht tangieren ungefähr 305 Richtlinien und Verordnungen, 143 davon sind noch in Kraft. Die dazu ergangenen EuGH-Entscheidungen belaufen sich auf ca. 1700. Im Rahmen der Untersuchung müssen freilich auch die Änderungen des Primärrechts berücksichtigt werden. Zudem muss man beachten, wie sich die Richtlinien (sowie die Richtlinienvorschläge im Rahmen des europäischen Gesetzgebungsverfahrens) verändert haben. Immer wieder mußte ich daran denken, wie sich Tribonian gefühlt haben mag, als er von Kaiser Justinian beauftragt wurde, aus den bis zu 700 Jahre alten Schriften der römischen Juristen, die ca. 2000 Bücher ausgemacht haben sollen, die Digesten zusammenzustellen.

Aus diesen Gründen (und wegen hinzugekommener Ämter) bin ich mit der Untersuchung noch nicht so weit, wie ich es mir vorgenommen hatte. Doch lassen sich im Hinblick auf die o. g. Fragestellung schon einige Grundlinien erkennen, die ich Ihnen heute anhand von exemplarischen Entscheidungen des EuGH präsentieren möchte. Es handelt sich dabei um für die Rechtsprechung des Gerichtshofs geradezu topische Urteile, die in ihrem jeweiligen Bereich einen Wendepunkt markieren, Folgeentscheidungen noch jetzt auslösen und deswegen noch immer diskutiert werden. Da ich die Ehre habe, im Bundesarbeitsgericht reden zu dürfen, habe ich mich entschlossen, einige arbeitsrechtliche Entscheidungen zu diskutieren. Allerdings: es liegt mir fern, Eulen nach Athen zu tragen. Es sei der Außenseiterin daher verziehen, die Problematik nicht so sehr unter arbeitsrechtlichen Kategorien zu untersuchen, sondern sie eher

³ Dazu *Riesenhuber* (Fn. 2) 747 f.

als Anlaß für die Diskussion allgemeiner methodischer Fragen zum Verhältnis zwischen der Rechtsprechung des EuGH und der EU-Gesetzgebung zu nehmen.

Im folgenden werde ich Ihnen daher vier Fallstudien präsentieren, die sich mit den Themenfeldern Gleichbehandlung von Betriebsräten, Betriebsübergang, Altersdiskriminierung und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen beschäftigen.

II. Vier Fallstudien

1. Beginnen wir mit der Rs. **Bötel**⁴. Frau Bötel, Betriebsratsvorsitzende eines Kreisverbandes der Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e. V., war dort als teilzeitbeschäftigte Haushaltspflegerin tätig; in dieser Funktion hatte sie an Schulungsveranstaltungen teilgenommen, welche die für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Kenntnisse i. S. v. § 37 Abs. 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vermitteln. Der Arbeitgeber bezahlte ihr die wegen der Teilnahme an den Schulungsveranstaltungen nicht geleisteten Arbeitsstunden entsprechend ihrer individuellen Arbeitszeit. Dadurch erhielt sie keine Vergütung für Schulungsstunden, die sie außerhalb ihrer individuellen Arbeitszeit geleistet hatte. Daraufhin klagte sie auf Ausgleich dieser zusätzlichen Stunden in Form von bezahlter Arbeitsfreistellung oder Vergütung der aufgewendeten Zeit wie Mehrarbeit. Nachdem das Arbeitsgericht den Arbeitgeber auf Gewährung einer bezahlten Arbeitsfreistellung in Höhe von 50,3 Stunden verurteilt hatte, legte dieser Berufung beim Landesarbeitsgericht Berlin ein. Dieses setzte das Verfahren aus, um dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung die Frage vorzulegen, ob die gesetzliche Regelung, nach der teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder wegen der Teilnahme an für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Schulungen entfallenen Arbeitsstunden zwar Vergütung erhalten, ihnen jedoch, falls sie für die Schulung Zeit über ihre individuelle Arbeitszeit hinaus aufwenden müssen, der Ausgleich dafür in Freizeit und/oder Geld bis zur Höhe der betrieblichen Vollarbeitszeit verweigert wird, mit (damals) Art. 119 EWG-Vertrag (jetzt Art. 157 AEUV) und RL 75/117/EWG (Entgeltgleichheitsrichtlinie, jetzt RL 2006/54/EG) vereinbar sei, wenn Frauen wesentlich mehr als Männer von dieser Regelung betroffen sind⁵.

⁴ EuGH Rs. C-360/90 – Bötel – Slg. 1992, I-3607; dazu *Erasmey*, Der EuGH konterkariert nationales Arbeitsrecht, Arbeitgeber 1992, 1005; *Kort*, Zur Gleichbehandlung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, insbesondere beim Arbeitsentgelt teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder, RdA 1997, 277.

⁵ Zum Thema der Entgeltgleichheit s. den Richtlinien-Vorschlag zur Stärkung und Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, COM (2021) 93 final, 04.03.2021; kritisch dazu *Husemann*, Der Richtlinienvorschlag der Kommission zur Stärkung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit, EuZA 2022, 166.

Der EuGH entschied, daß Art. 119 EWG-Vertrag (jetzt Art. 157 AEUV) und RL 75/117/EWG (Entgeltgleichheitsrichtlinie, jetzt RL 2006/54/EG) einer nationalen Regelung entgegenstehen, welche die Vergütung von teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern für die Teilnahme an Schulungen auf ihre individuelle Arbeitszeit beschränkt und somit für eine erheblich größere Zahl an Frauen als an Männer gilt, während die Vergütung von vollzeitbeschäftigten Mitgliedern für die gleichen Schulungen bis in Höhe der Vergütung für Vollarbeitszeit vorgesehen ist. Die Begründung der Entscheidung ist sehr interessant. Der EuGH stellt ein *de facto* für viele Frauen unvorteilhaftes Ergebnis der Regelung einer *de iure* Diskriminierung der Frauen durch die Regelung gleich, obwohl offensichtlich die *ratio legis* nicht auf eine diskriminierende Intention gegenüber Frauen, sondern auf den objektiven Umstand zurückzuführen ist, daß nach deutschem Recht die Vergütung nur für Arbeitsstunden gewährt wird, die wegen der Schulungen nicht geleistet worden sind⁶. Gerade dies stellt er übrigens in den Fokus der Begründung, wenn letztendlich auf die Ungleichheit der Behandlung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten abgestellt wird; diese führt dazu, daß diese Gruppen von Arbeitnehmern für die gleiche Anzahl von Schulungsstunden Ausgleich in unterschiedlicher Höhe erhalten⁷. Es ist insoweit überraschend, daß dieser Umstand vom Gericht angeführt wird, um zu behaupten, daß die unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei.

Schließlich ist das Betriebsratsamt ja gemäß § 37 Abs. 1 BetrVG ein Ehrenamt, für das der Inhaber keine besondere Vergütung bekommt⁸. Darauf hat das BAG in der Vorlagefrage vom 20.10.1993 bestanden, als es an dem Grundsatz festhielt, daß keinem Betriebsratsmitglied ein Anspruch auf Ausgleich der Freizeit zusteht, die es für eine außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit liegende Schulung aufgewandt hat. Deswegen legte es dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Entgeltgleichheitsrichtlinie (und Art. 119 EWGV) den nationalen Gesetzgeber daran hindert, das Betriebsratsamt als unentgeltliches Amt zu gestalten und Betriebsratsmitglieder lediglich vor Einkommenseinbußen zu schützen, die sie sonst durch betriebsratsbedingte Versäumung von Arbeitszeit erleiden würden⁹. Die Argumentation des EuGH in der Rs. Lewark erinnert an einen Dialog unter Tauben. Das BAG schreibt, daß Art. 119 Abs. 1 EWGV von „gleichem Entgelt“ bei „gleicher Arbeit“ spricht, daß Arbeit hier eine aufgrund des Arbeitsverhältnisses geschuldete, weisungsgebundene Dienstleistung

⁶ Bereits gegen das Vorliegen einer Ungleichbehandlung EuArbRK/*Kietaibl*²², RL 97/81/EG § 4 Rdn. 22.

⁷ EuGH Rs. C-360/90 – Bötzel – Slg. 1992, I-3614, Rdn. 27.

⁸ Aus diesem Grund nach wie vor kritisch zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. 157 Abs. 1 AEUV EuArbRK/*Mohr*²², RL 2000/78/EG Art. 3 Rdn. 27: „dogmatisch nicht zweifelsfrei“.

⁹ BAG, Vorlagebeschluß vom 20.10.1993 – 7 AZR 581/92 = NZA 1994, 278.

bedeutet, die Betriebsaufgaben, die ehrenamtlich und unentgeltlich außerhalb jedes Unterordnungsverhältnisses erbracht werden, daher nicht unter den Begriff der Arbeit nach Art. 119 EWGV zu subsumieren sei und der dafür vorgesehene Ausgleich nicht Entgelt sei, sondern die Betriebsratsmitglieder davor schützen soll, aufgrund der Teilnahme an Schulungsveranstaltungen wegen Betriebsratsstätigkeit Einkommenseinbußen zu erleiden. Der EuGH antwortet, daß nach seiner Rechtsprechung Entgelt alle gewährten Vergütungen umfaße, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund des Dienstverhältnisses gewährt¹⁰, daß es sich deswegen auch im Ausgangsverfahren (Teilzeitbeschäftigte, die Schulungen außerhalb der Arbeitszeit wahrgenommen hat) um Vergütung handele. Das BAG vertritt den Standpunkt, daß alle Arbeitnehmer, teil- und vollzeitbeschäftigt, gleichermaßen vor Einkommenseinbußen geschützt werden und hier daher kein Fall einer Ungleichbehandlung vorliegt. Der EuGH antwortet, daß immer eine Ungleichbehandlung vorliege, wenn bei gleicher Zahl von (Schulungs-)Stunden vollzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern mehr bezahlt wird als teilzeitbeschäftigten, und hier nicht zu bestreiten sei, daß teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder ein geringeres Gesamtentgelt bei gleicher Zahl von Stunden erhalten, womit er implizit die Schulungen als Arbeitszeit deklariert, während das BAG versucht hat, klarzustellen, daß gerade dies nach der deutschen Regelung nicht zutrifft¹¹. Im Ergebnis gibt zwar der EuGH nach, indem er konzidiert, daß der bloße Umstand, daß eine Norm eine wesentlich größere Zahl weiblicher als männlicher Arbeitnehmer trifft, keinen Verstoß gegen Art. 119 EWGV darstellt, wenn der betreffende Mitgliedstaat dartut, daß das gewählte Mittel einem legitimen Ziel seiner Sozialpolitik dient und dazu notwendig sei¹². Das müsse das Gericht beurteilen, welches damit die Möglichkeit haben wird, zu berücksichtigen, daß das Ehrenamtsprinzip die innere Unabhängigkeit der Betriebsräte wahrt und diesem Ziel dient. Doch die Argumentation schlägt einen mit Wiederholungen von Grundsätzen, die nicht zu der Frage des vorlegenden Gerichts passen, übersäten Weg ein.

Der EuGH sah also den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 119 EWGV, nunmehr Art. 157 AEUV) durch das nationale Recht verletzt, weil er eine Diskriminierung von Frauen auf der tatsächlichen Ebene als gegeben annahm: sie sind zu einem erheblich geringeren Prozentsatz vollbeschäftigt und erhalten daher im Ergebnis für die gleiche

¹⁰ So im Ergebnis auch der Richtlinien-Vorschlag zur Stärkung und Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen, COM (2021) 93 final, 04.03.2021, der für den Begriff „Entgelt“ in Erwägungsgrund 13 auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs verweist und in Fn. 48 hierzu die Rs. Bötzel zitiert.

¹¹ EuGH Rs. C-457/93 – Lewark – Slg. 1996, I-266 ff., Rdn. 21-26.

¹² Idem, I-270 Rdn. 36.

Tätigkeit, zu der neben Betriebsratsarbeit auch Schulungen gehören, einen geringeren Ausgleich – in Form von bezahlter Arbeitsfreistellung oder Bezahlung von Überstunden – als Männer. Es ist sicherlich nicht davon auszugehen, daß die Richter nicht bedacht haben, daß auch ein Mann teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied sein kann, was die apodiktische Argumentationsweise des Gerichts zu Fall bringen würde. Vielleicht hat der EuGH auch deswegen festgestellt, daß es dem einzelnen Mitgliedstaat unbenommen bleibt, nachzuweisen, daß die fragliche Regelung durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben¹³.

In der Tat zog das Konsequenzen nach sich. Dem damaligen § 37 Abs. 3 BetrVG wurde der Satz 2 hinzugefügt, nach dem betriebsbedingte Gründe auch dann vorliegen, wenn die Betriebsrats Tätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen kann¹⁴. Das BAG hat explizit festgestellt, daß Teilzeitbeschäftigte Freistellung und Entgeltfortzahlung verlangen können, wenn sie Betriebsratsarbeit innerhalb der betrieblichen, aber außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit leisten¹⁵. Somit soll verhindert werden, daß sich die heute üblichen unterschiedlichen Formen der Arbeitszeitgestaltung negativ auf die Betriebsratsarbeit und auf die Rechtsstellung der Mitglieder des Betriebsrats auswirken¹⁶.

Ein Punkt ist jedenfalls klar: die Heranziehung des Entgeltgleichheitsgrundsatzes ermöglicht eine Änderung der nationalen Regelung für einen Fall, den sicher weder die Richtlinie noch Art. 119 EWGV intendiert hatten. Die harten Reaktionen, die die Entscheidung auslöste, der u. a. Unkenntnis des deutschen Arbeitsrechtssystems und Betriebsverfassungsrechts vorgeworfen wurde¹⁷, sind insoweit verständlich, als der EuGH hier durch eine in logisch-dogmatischer Hinsicht nicht wirklich überzeugende Argumentationslinie der Grenze der unzulässigen Rechtsfortbildung *contra legem* sehr nah gekommen ist¹⁸.

2. Unser zweiter Fall betrifft die Problematik des Betriebsübergangs und ist mit dem Namen Christel Schmidt verbunden; er hat – ebenso wie die anderen Fälle, die ich für den heutigen

¹³ So EuGH Rs. C-278/93 – Freers und Speckmann – Slg. 1996, I-1182.

¹⁴ S. Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23.07.2001, BGBl. S. 1852, 1856.

¹⁵ BAG, Urt. v. 10.11.2004 – 7 AZR 131/04 = NZA 2005, 704.

¹⁶ So auch ErfK/Koch²², § 37 BetrVG Rdn. 7; BT-Drs. 14/5741, S. 40.

¹⁷ Vgl. *Erasmý*, Der EuGH konterkariert nationales Arbeitsrecht, Arbeitgeber 1993, 64; *Heinze*, Europarecht im Spannungsverhältnis zum nationalen Arbeitsrecht, ZfA 1992, 331, 358; *Schiefer*, Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das nationale Arbeitsrecht, DB 1993, 38, 42; *Sowka*, Mittelbare Frauendiskriminierung - ausgewählte Probleme, DB 1992, 2030, 2032.

¹⁸ EuArbRK/*Kietaibl*²², RL 97/81/EG Art. 1 Rdn. 9 sieht freilich die Entscheidungen Bötzel und Lewark als wichtige Wegbereiter für die Festlegung eines eigenständigen Teilzeitdiskriminierungsverbots im Sekundärrecht und als wesentlichen Beitrag dafür, Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigung im Kern als gleichwertig anzuerkennen.

Vortrag ausgewählt habe – für viele Diskussionen gesorgt¹⁹. Frau Schmidt war als alleinige Reinigungskraft bei der Sparkassen-Filiale in Wacken beschäftigt. Wegen Umbaus der Filiale wurde die Arbeitnehmerin gekündigt und die Reinigung der Filiale einer Reinigungsfirma übertragen, die bereits die meisten anderen Gebäude der Sparkasse reinigte. Die Reinigungsfirma schlug der Arbeitnehmerin vor, sie zu einem höheren Arbeitsentgelt zu übernehmen; diese war dazu aber nicht bereit, denn die Vergrößerung der zu reinigenden Fläche hätte nach ihrer Meinung zu einer Verschlechterung ihres Stundenlohns geführt. Die daraufhin von der Arbeitnehmerin erhobene Kündigungsschutzklage wurde in erster Instanz abgewiesen; das einberufene Landesarbeitsgericht war der Auffassung, daß die Entscheidung von der Auslegung der RL 77/187/EWG (Betriebsübergangsrichtlinie) abhängig sei und legte daher dem EuGH die Fragen zur Vorabentscheidung vor, ob die Reinigungsaufgaben eines Betriebs, wenn sie vertraglich einer anderen Firma übertragen werden, einem Betriebsteil i. S. d. Richtlinie gleichgestellt werden können und wenn ja, ob dies auch gilt, wenn die Reinigungsaufgaben von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt worden waren.

Der Haupt- und Nebenzweck des Unternehmens war zum Zeitpunkt des Rechtsstreits zentraler Bestandteil der Diskussion über das Vorliegen eines Betriebs und Betriebsteils in der deutschen Literatur und Rechtsprechung. Art. 1 und 2 der RL 77/187/EWG selbst beschäftigten sich nicht mit der Betriebsdefinition²⁰. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG war für § 613a Abs. 1 S. 1 BGB aber nur auf die sächlichen und immateriellen Betriebsmittel abzustellen und für das Vorliegen eines Betriebsteils als organisatorische Teileinheit, die innerhalb eines Betriebs eine bestimmte Teilaufgabe erfüllt, wurde die Wahrnehmung unerheblicher Hilfsfunktionen noch für nicht ausreichend gehalten²¹. Da offensichtlich die Reinigung der eigenen Räume aber weder Haupt- noch Nebenzweck der Aktivität einer Sparkasse ist, hatte die Entscheidung der Spar- und Leihkasse, diese Aufgaben einem anderen Unternehmen zu übertragen, nach dem im nationalen Recht gängigen Schema nicht zu einer Übertragung einer wirtschaftlichen Einheit

¹⁹ EuGH Rs. C-392/92 – Schmidt – Slg. 1994, I-1311; vgl. dazu *Ahlborn*, Europäisierung des Arbeitsrechts. Betriebsübergang in Abgrenzung zur bloßen Funktionsnachfolge i. S. d. Rechtsprechung des EuGH und BAG, *ZfA* 2005, 109; *Balze/Rebel/Schuck*, Outsourcing und Arbeitsrecht, München (1997); *Bauer*, Outsourcing out?, *BB* 1994, 1433; *Buchner*, Verlagerung betrieblicher Aufgaben als Betriebsübertragung i.S. von § 613a BGB?, *DB* 1994, 1417; *Friedrich/Karl*, Auftrags- und Funktionsnachfolge als Betriebsübergang. A never ending story, *ZAS* 2003, 244; *Joost*, Betriebsübergang und Funktionsausgliederung, in *FS Wlotzke*, München (1996) 683; *Scheibeler*, Begriffsbildung durch den Europäischen Gerichtshof – autonom oder durch Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen, Berlin (2004) 200 ff.; *Schlachter*, *EuGH und Arbeitsgerichtsbarkeit*, Stuttgart (1995) 13 ff.

²⁰ *Hartmann*, Der Schutzzweck der Betriebsübergangsrichtlinie in historisch-rechtsvergleichender Perspektive, *EuZA* 2012, 35, 36 m. w. Nachw. sieht gerade in diesem Verzicht einen „Geburtsfehler“ des Regelwerks.

²¹ BAG, Urt. v. 30.06.1994 – 8 AZR 544/92 = AP Einigungsvertrag Art. 22 Nr. 1; BAG, Urt. v. 29.09.1988 – 2 AZR 107/88 = NZA 1989, 799; BAG, Urt. v. 22.05.1985 – 5 AZR 30/84 = AP BGB § 613a Nr. 42; zur früheren Rechtsprechung des BAG s. umfassend *Staudinger/Annuß* (2019) § 613a Rdn. 38 u. 56.

oder zu einer Übertragung von Geschäftsräumen oder Vermögensgegenständen geführt; demgemäß argumentierten auch die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreichs²². Auffallend sind daher die Fragen des Landesarbeitsgerichts: sollte hier durch den EuGH erreicht werden, was durch nationales Recht nicht zu erreichen war?

Jedenfalls vertrat die Kommission die Auffassung, daß die Reinigung, wenn sie durch betriebseigenes Personal durchgeführt wird, zur Dienstleistungseinrichtung des Unternehmens wird, auch wenn sie nicht in einem notwendigen Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck steht, und daher nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden kann. Durch Bezug auf seine vorherige Rechtsprechung, die aber nicht wirklich zum angegebenen Problem, nämlich der Frage, ob eine Aufgabe, die in keiner Weise zu den Zwecken des Unternehmens gehört, einem Betriebsteil gleichgestellt werden kann, Stellung nimmt, schloß sich der EuGH – ohne es explizit zu sagen – dieser Auffassung an und beurteilt die Argumente der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreichs als nicht durchgreifend: selbst wenn der EuGH die Übertragung der Aktiva als eines der Kriterien genannt hat, die maßgebend seien, um zu entscheiden, ob ein Unternehmensübergang vorliegt, bedeute das nicht, daß ohne eine solche Übertragung kein Unternehmensübergang gegeben sein kann; der EuGH habe nämlich schon in der Rs. Spijkers festgestellt, daß die Anwendung der Richtlinie nicht von der Berücksichtigung nur eines Umstandes abhängig sein kann, sondern alle Umstände nur Teilaspekte der vorzunehmenden globalen Bewertung sind und deshalb nicht isoliert beurteilt werden können²³ – was freilich auch nichts über die Hauptfrage sagt, ob die in Auftrag gegebene Reinigung der eigenen Räume einem Betriebsteil gleichgestellt werden kann, zumal auch in der zitierten Spijkers-Entscheidung dazu nichts gesagt wird.

Das Argument, daß die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit das entscheidende Kriterium hinsichtlich der Frage ist, ob es sich um einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang i. S. d. Richtlinie handelt, und daß eine solche Wahrung anzunehmen ist, wenn der neue Inhaber eine gleichartige Geschäftstätigkeit weiterführt, – was in unserem Fall insoweit vorliegt, als Reinigungsarbeiten weitergeführt werden – ist zwar an sich nachvollziehbar, geht aber an der zu diskutierenden Frage vorbei, wenn diese nicht argumentativ, sondern nur implizit-apodiktisch beantwortet wird: Reinigungsarbeiten seien einem Betriebsteil i. S. d. RL 77/187/EWG gleichgestellt mit der Konsequenz, daß das Arbeitsverhältnis der

²² EuGH Rs. C-392/92 – Schmidt – Slg. 1994, I-1325, Rdn. 10.

²³ Idem, I-1326 Rdn. 16; EuGH Rs. C-392/92 – Spijkers – Slg. 1986, I-1129, Rdn. 13.

Arbeitnehmerin auf die Reinigungsfirma, die von der Sparkasse beauftragt wurde, übergegangen ist.

Es überrascht daher nicht wirklich, daß die Entscheidung vielfältig kritisiert wurde, wobei die Hauptkritik am EuGH darin bestand, die reine Funktionsnachfolge als Betriebsübergang anerkannt zu haben und sich damit jenseits seiner Kompetenzen rechtsschöpferisch betätigt zu haben. Wenn ich es richtig sehe, wurde der traditionelle deutsche arbeitsrechtliche Begriff des Betriebs, an dem das BAG bei der Anwendung und Auslegung des § 613a BGB damals festhielt, als eine organisatorische Einheit verstanden, innerhalb derer der Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mithilfe von sächlichen oder immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen. Bei diesem „betriebsmittelzentrierten“ Betriebsbegriff wurden allerdings die Arbeitnehmer, die personellen „Betriebsmittel“, nicht berücksichtigt, da der Übergang des Arbeitsverhältnisses als Rechtsfolge, nicht als Tatbestandsvoraussetzung des § 613a BGB betrachtet wurde. Mit anderen Worten: im Hinblick auf den Zweck der Norm sei es irrelevant, ob das alte, vorhandene Personal weiterbeschäftigt wird, oder infolge der Betriebsübernahme neues Personal eingestellt wird²⁴. Bei der Christel-Schmidt-Entscheidung geht es dagegen im wesentlichen um Kündigungsschutz, was durch die globale Bewertung aller Umstände, nicht nur von Teilaspekten, die deshalb nicht isoliert beurteilt werden können, erreicht werden soll.

Die Problematik der praktischen Konsequenzen dieser Rechtsprechung interessiert hier weniger, obgleich der EuGH später gerade diese wahrgenommen zu haben scheint, als er anders als bei der Christel-Schmidt-Entscheidung urteilte, daß die mit Zustimmung eines Bauherrn zwecks Fertigstellung der von einem anderen Unternehmen begonnenen Arbeiten erfolgte Übernahme von zwei hierfür eingesetzten Lehrlingen und einem Angestellten sowie des hierfür verwendeten Materials, keinen Betriebsübergang darstellt²⁵. Allein eine bestimmte Arbeitsaufgabe (= Funktion) mache noch keinen Betrieb oder Betriebsteil i. S. d. Richtlinie (und daher des § 613a BGB) aus. Das für diese Entscheidung vorgebrachte Argument, eine solche Übertragung könne nur dann unter die Richtlinie fallen, wenn sie mit der Übertragung einer organisierten Einheit von Faktoren einhergehe, die eine dauerhafte Fortsetzung der

²⁴ So auch *Willemsen* in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar⁹, § 613a BGB Rdn. 9, der betont, wie das BAG in einer Vielzahl von Entscheidungen seit 1974 diesen Betriebsbegriff bei der Beurteilung eines Betriebs(teil)übergangs herangezogen hat und bis Anfang 1997 (Süzen-Entscheidung, EuGH Rs. C-13/95 – Süzen – Slg. 1997, I-1259, s. u.) die Rechtsprechung des EuGH nicht zur Kenntnis genommen hatte.

²⁵ EuGH Rs. C-48/94 – Rygaard – Slg. 1995, I-2766.

Tätigkeiten oder bestimmter Tätigkeiten des übertragenden Unternehmens erlauben würde²⁶, hätte man sehr wohl auch auf den Fall von Christel Schmidt anwenden können.

Wichtiger, weil es bisweilen zu verwirrenden Ergebnissen führen kann, ist der Umstand, daß keine allgemeine Erfassung der Bindung von Betriebsmitteln durch den EuGH vorgenommen wird, die zu einer bestimmten Definition des Betriebszwecks führt. Vielmehr entscheidet er sich, wie in der Literatur angemerkt wurde, für eine negative Abgrenzung: die wirtschaftliche Einheit dürfe nicht mit einer bloßen Tätigkeit gleichgesetzt werden²⁷. Die Übertragung einer rein abstrakten Arbeitsaufgabe, auch wenn sie, wie zum Beispiel im Falle des Outsourcings, mit der erstmaligen Entstehung einer dauerhaften Kundenbeziehung oder, wie im Falle der Auftragsnachfolge, mit deren Überleitung auf ein anderes (Sub-)Unternehmen verbunden ist, stellt somit keinen geeigneten Anknüpfungspunkt für einen Betriebs(teil)übergang dar.

Würde man die Christel-Schmidt-Entscheidung unter der Perspektive eines immanenten teleologischen Zusammenspiels institutioneller Akteure lesen, würde die Interaktion zwischen Landesarbeitsgericht, Kommission und EuGH zum Zweck einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Richtlinie sicherlich auffallen. Diese wurde übrigens aktualisiert, zunächst mit der RL 98/50/EG²⁸, welche wiederum durch die RL 2001/23/EG ersetzt wurde, in denen Art. 1 Abs. 1 lit. b wortgleich – und anders als in der ersten Richtlinie – den Übergang von Unternehmen, Betrieben und Teilen der beiden mit den Worten dieser Entscheidung hinsichtlich der Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit definiert²⁹.

In der Rs. **Merckx und Neuhuys** ging es um die Einstellung der Tätigkeit eines Unternehmens mit gleichzeitiger Übertragung der Berechtigung zum Vertrieb von Kraftfahrzeugen auf ein anderes Unternehmen. Der EuGH entschied hier, ähnlich wie im Christel-Schmidt-Fall, daß auch ohne Übertragung von Aktiva aber mit Übernahme von Belegschaft und Werbung bei der Kundschaft für den neuen Inhaber ein Übergang des Betriebs i. S. d. Richtlinie zu sehen ist.

²⁶ Idem, I-2765, Rdn. 21.

²⁷ *Willemsen* (Fn. 24) Rdn. 11; *Raab*, Anforderungen an den identitätswahrenden Übergang einer wirtschaftlichen Einheit – Die Voraussetzungen des Betriebsübergangs in den Fällen der Ausgliederung, Rückgliederung und Auftragsnachfolge, EuZA 2019, 283, 294.

²⁸ Änderung von Art. 1 lit. b durch RL 98/50/EG; s. den Erwägungsgrund 4 der RL 98/50/EG, nach dem aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz erforderlich sei, den juristischen Begriff des Übergangs unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu klären. Durch diese Klärung wird der Anwendungsbereich der RL 77/187/EWG gemäß der Auslegung durch den Gerichtshof nicht geändert.

²⁹ RL 98/50/EG v. 29.6.1998 Art. 1 Abs. 1 lit. a: Diese Richtlinie ist auf den Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber durch vertragliche Übertragung oder durch Verschmelzung anwendbar. Art. 1 Abs. 1 lit. b: Vorbehaltlich Buchstabe a) und der nachstehenden Bestimmungen dieses Artikels gilt als Übergang im Sinne dieser Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit.

Freilich stellt das Gericht den Mitarbeitern trotz Anwendbarkeit der Richtlinie frei, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber zu widersprechen³⁰.

Anders gelagert war der Fall, welcher zu der Entscheidung in der Rs. **Süzen**³¹ Anlaß gegeben hat. Hier hatte eine Gymnasialschule den die Reinigung von Räumlichkeiten betreffenden Vertrag mit einer Reinigungsfirma gekündigt und die Durchführung der Reinigungsarbeit mit einem anderen Unternehmen vertraglich vereinbart. Nach der Kündigung des Auftrags hatte die Reinigungsfirma, die mit den Reinigungsarbeiten betraute Klägerin sowie weitere sieben Angestellte, die ebenso bei der Reinigung der Schule eingesetzt waren, entlassen. Eigentlich sorgt schon der Umstand für Überraschung, daß das Arbeitsgericht Bonn dem EuGH überhaupt die Frage zur Vorabentscheidung vorlegte, ob ein solcher Fall unter die Betriebsübergangsrichtlinie falle, da man – durch Anwendung üblicher juristischer Subsumtionstechnik – wie auch der EuGH nur feststellen kann, „der bloße Verlust eines Auftrags an einen Mitbewerber stellt [...] keinen Übergang im Sinne der Richtlinie dar. Denn das zuvor beauftragte Dienstleistungsunternehmen verliert zwar einen Kunden, besteht aber in vollem Umfang weiter, ohne daß einer seiner Betriebe oder Betriebsteile auf den neuen Auftragnehmer übertragen worden wäre.“³²

Die Frage des Arbeitsgerichts war aber die Konsequenz einer Rechtsprechung des EuGH, die in uferlose Ergebnisjurisprudenz zu führen schien. Vielleicht wurde deswegen die Anwendung der Richtlinie dann im Ergebnis für einen solchen Fall abgelehnt, wenn dieser Vorgang weder mit einer Übertragung relevanter materieller oder immaterieller Betriebsmittel vom einen auf das andere Unternehmen noch mit der Übernahme eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils des bisher eingesetzten Personals durch ein anderes Unternehmen verbunden ist³³. Doch bemühte sich der EuGH in der Entscheidung um eine Klarstellung der Merkmale des Begriffs des Betriebsübergangs, durch Auflistung aller Elemente, die auf den Betriebsübergang hindeuten und daher zur Anwendung der Richtlinie führen könnten. Daraus übrigens und – wie bereits erwähnt – insbesondere aus der Christel-Schmidt-Entscheidung wurde die Definition übernommen, die dann in der RL 98/50/EG fast wortwörtlich in Art. 1 nachgezeichnet wurde.³⁴

³⁰ EuGH verb. Rs. C-171/94 und C-172/94 – Merckx und Neuhuys – Slg. 1996, I-1280.

³¹ EuGH Rs. C-13/95 – Süzen – Slg. 1997, I-1259; dazu *Annuß*, Der Betriebsübergang nach „Ayse Süzen“, NZA 1998, 70; *Trittin*, Rationalisierung durch Inhaberwechsel? – Die jüngste Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsübergang, in FS Däubler, Frankfurt a. M. (1999) 171.

³² EuGH Rs. C-13/95 – Süzen – Slg. 1997, I-1274, Rdn. 16.

³³ *Idem*, I-1276 Rdn. 23.

³⁴ Vgl. hierzu bereits oben; auch *Willemsen* (Fn. 24) Rdn. 10 schreibt, daß sich der Begriff der Einheit nach der Rechtsprechung des EuGH auf eine organisierte (strukturierte) Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung bezieht, dieser Begriff unabhängig von der

Nicht wirklich nachvollziehbar – und gegen die Schlußanträge des GA Geelhoed, der vorgeschlagen hatte, Art. 1 der Richtlinie so auszulegen, daß es sich hier um keinen Fall eines Unternehmensübergangs handelt³⁵ – ist dagegen die Entscheidung in der Rs. **Abler**³⁶, in der auch manche Festlegungen der Entscheidung Sützen konterkariert wurden. Im Sachverhalt kündigte ein Wiener Krankenhaus als Auftragsgeber den Vertrag mit einem Unternehmen, das mit der gesamten Verpflegung des Krankenhauses beauftragt war – wobei Küche, Wasser, Energie und das notwendige Groß- und Kleininventar vom Krankenhaus selbst zur Verfügung gestellt wurden – und erteilte den inhaltlich gleichen Auftrag einem anderen Unternehmen, das ebenso Küche und Inventar benutzte, ohne freilich das Personal des ersten Unternehmens zu übernehmen, das für die Verpflegung zuständig gewesen war. Herr Abler und weitere einundzwanzig Arbeitnehmer, die bei dem ersten Unternehmen beschäftigt waren und von diesem gekündigt wurden, klagten nach der Kündigung des Auftrags durch das Krankenhaus beim Arbeitsgericht Wien gegen das zweite Unternehmen auf Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Vorschriften des in Folge der RL 77/187/EWG erlassenen Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes. Diese Klage wurde abgewiesen; im Berufungsverfahren wurde ihr stattgegeben; der österreichische Oberste Gerichtshof hat die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es sich hier um einen Übergang eines Betriebsteils i. S. d. Art. 1 der RL 77/187/EWG handelt.

Der EuGH nahm hier tatsächlich den Übergang eines Betriebsteils an, auch wenn kein Personal übernommen wurde und kein Know-how (z. B. Erfahrungsberichte, Rezepte, Menüpläne, Diätpläne, Kalkulationsunterlagen) übergang. „Der Übergang der Räumlichkeiten und des vom Spital zur Verfügung gestellten Inventars [...] reicht unter diesen Umständen für die Erfüllung

Rechtsform dieser Einheit und der Art ihrer Finanzierung gelte. Diese Rechtsprechung habe der Richtliniengeber inzwischen nachgezeichnet, indem er die wirtschaftliche Einheit in Art. 1 Abs. 1 lit. b der Richtlinie als organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit bezeichnet.

³⁵ Aus den Schlußanträgen des GA *Geelhoed*, Rs. C-340/01 – Abler u. a. – Slg. 2003, I-14037, Rdn. 63: „Unter Berücksichtigung des Urteils Sützen gelange ich daher zu der Schlussfolgerung, dass im vorliegenden Fall kein Unternehmensübergang vorliegt, sondern nur der Verlust eines Auftrags“; sowie Rdn. 95: „Artikel 1 der Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist so auszulegen, dass es sich um keinen Unternehmensübergang handelt, wenn ein Krankenhausträger, der bisher ein Großküchenunternehmen mit der Versorgung der Patienten und des Krankenhauspersonals mit Speisen und Getränken zu einem auf den Verköstigungstag pro Person bezogenen Preis beauftragt und ihm dazu Wasser und Energie sowie seine Wirtschaftsräume (Betriebsküche) samt dem erforderlichen Inventar zur Verfügung gestellt hat, nach Aufkündigung dieses Vertrages diese Aufgaben und die bisher diesem ersten Großküchenunternehmen zur Verfügung gestellten Betriebsmittel einem anderen Großküchenunternehmen überträgt, ohne dass dieses zweite Großküchenunternehmen die vom ersten Großküchenunternehmen selbst eingebrachten Betriebsmittel – Personal, Warenlager, Kalkulations-, Menü-, Diät-, Rezept- oder Erfahrungsunterlagen – übernimmt.“

³⁶ EuGH Rs. C-340/01 – Abler u. a. – Slg. 2003, I-14046.

der Merkmale des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit aus“, schreibt der EuGH³⁷. Der Umstand, daß das Personal nicht übernommen wurde, reiche nicht, um in dem Bereich der Verpflegung, bei dem es im wesentlichen auf das Inventar ankomme, den „Übergang einer ihre Identität bewahrenden Einheit i. S. d. RL 77/187/EWG auszuschließen“³⁸. Eine andere Beurteilung, fährt der EuGH fort, „würde dem Hauptzweck der RL 77/187/EWG widersprechen, der darin besteht, auch gegen den Willen des Erwerbers die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer des Veräußerers aufrechtzuerhalten“. Die Tatsache, daß hier überhaupt kein Kaufvertrag vorgelegen hat, weder zwischen Krankenhaus und Unternehmen noch zwischen den zwei Unternehmen, scheint den EuGH nicht zu interessieren. Ein fiktiver Kauf wird nochmal herangezogen als der EuGH dem Argument des zweiten Unternehmens, man habe keine vertragliche Beziehung mit dem ersten Unternehmen gehabt, entgegnet, die Anwendung der Richtlinie setze nicht voraus, daß „zwischen Veräußerer und Erwerber unmittelbar vertragliche Beziehungen bestehen“³⁹, was übrigens eine erstaunliche (Nicht-)Anwendung des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse darstellt. Daß dies bewußt hingenommen wird, zeigen die Ausführungen in zwei weiteren Randnummern der Entscheidung. Dem Einwand des zweiten Unternehmens nämlich, ein Wechsel des Auftragnehmers bei der Verpflegung bei gleich bleibendem Eigentümer des Inventars und der Räumlichkeiten könne nicht als Übergang einer wirtschaftlichen Einheit angesehen werden, begegnet der Gerichtshof mit der Behauptung, daß sich aus dem Wortlaut des Art. 1 der RL 77/187/EWG ergebe, daß „deren Anwendungsbereich sich auf alle Fälle erstreckt, in denen im Rahmen vertraglicher Beziehungen, die natürliche oder juristische Person, die für den Betrieb des Unternehmers verantwortlich ist und insoweit gegenüber den in dem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern die Arbeitgeberverpflichtungen eingeht, wechselt, ohne dass es darauf ankommt, ob das Eigentum an den Betriebsmitteln übertragen worden ist.“⁴⁰ „Vertragliche Beziehungen“ können also alle sein, egal, zwischen wem sie abgeschlossen worden seien und egal, welchen Vertragstyp sie darstellen sollen. Der EuGH scheint hier zum einen wieder zurück zu der Annahme der Christel-Schmidt Entscheidung zurückzukehren, daß die Eigenschaft als Betriebsteil nichts mit dem wirtschaftlichen Zweck eines Unternehmens zu tun habe: die Reinigung eigener Räume bei einer Bank dort, die Zubereitung von Mahlzeiten in einem Krankenhaus hier werden als Betriebsteil angenommen bzw. diesem gleichgestellt. Zum anderen scheint der EuGH aber den – richtigen – Ergebnissen der Sützen-Entscheidung zu

³⁷ Idem, I-14057, Rdn. 36.

³⁸ Idem, I-14057, Rdn. 37.

³⁹ Idem, I-14057, Rdn. 39.

⁴⁰ Idem, I-14057, Rdn. 41.

widersprechen, indem der Verlust des Auftrags des ersten Unternehmens an das zweite als Übergang i. S. d. Richtlinie angenommen wird, obwohl das erste Unternehmen zwar einen Kunden verloren hat, aber weder sein Unternehmen dem neuen Auftragnehmer übertragen hat, noch ihm Inventar, Unterlagen oder Personal zur Verfügung gestellt hat⁴¹.

Das terminologische Jonglieren des Gerichtshofs zwischen Kauf und Auftrag, Veräußerer und Erwerber sowie Auftraggeber und Auftragnehmer, vertraglichen Beziehungen, die als *erga omnes* wirkend betrachtet werden, läßt die Argumentation als ergebnisorientiert erscheinen. Den kaum zu ertragenden betriebswirtschaftlichen Konsequenzen einer solchen Rechtsprechung, nach der im Wege eines angenommenen Auftrags einem Unternehmer plötzlich eine beliebige Anzahl von neuen, von ihm weder benötigten noch ausgesuchten Mitarbeitern oktroyiert werden könnte, oder – wie in diesem Fall, in dem gerade Probleme mit den Mitarbeitern des ersten Unternehmens zum Teil zum Erliegen des Küchenbetriebs und letztendlich zur Kündigung des Vertrags geführt hatten – die Übernahme ausgerechnet des Personals seines Vorgängers, das wegen mangelhafter Arbeitsleistung die Kündigung des Auftrags verursacht hatte, wird kein Gewicht beigemessen.

Das zentrale Problem beim Betriebsübergang betrifft oft – wie in den letzten Entscheidungen gesehen – und nach wie vor⁴² die Abgrenzung zwischen Betriebsübergang und Auftragsnachfolge. Das Mantra des EuGH lautet hier „Gesamtbetrachtung“. Zwar sind als Voraussetzungen eines Betriebsübergangs „die Art des betreffenden Unternehmens oder Betriebes, der etwaige Übergang der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Zeitpunkt des Übergangs, die etwaige Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen den vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeiten und die Dauer einer eventuellen Unterbrechung dieser Tätigkeit“⁴³ vom Gerichtshof auch auf der Basis seiner vorherigen Rechtsprechung festgelegt worden. Doch lösen diese Elemente nicht das Problem, wenn man die Richtlinie auch auf den Fall der Auftragsnachfolge erweitern möchte, die deswegen als Betriebsübergang betrachtet wird. Deswegen rekuriert das Gericht auf die „Gesamtbewertung“, wovon die o. g. Voraussetzungen nur Teilaspekte sind, die daher nicht isoliert betrachtet werden sollen, denen vielmehr unterschiedliches Gewicht je nach den

⁴¹ EuGH Rs. C-13/95 – Säzen – Slg. 1997, I-1274, Rdn. 16; s. o. EuGH Rs. C-340/01 – Abler u. a. – Slg. 2003, I-14060.

⁴² S. etwa *Annuß*, Betriebsübergang bei Auftragsnachfolge – Wie erfolgt die umfassende Gesamtbetrachtung?, Anm. zu EuGH Rs. C-298/18 – Grafe und Pohle, EuZA 2021, 85, 87.

⁴³ EuGH verb. Rs. C-232/04 und C-233/04 – Güney-Gorres und Demir – Slg. 2005, I-11269, Rdn. 33.

jeweiligen Produktions- oder Betriebsmethoden zukommen kann⁴⁴. Das BAG hat versucht, diese Rechtsprechung zu konkretisieren⁴⁵. So hat es das Kriterium der eigenwirtschaftlichen Nutzung der Betriebsmittel aufgestellt, um bei Auftragsnachfolge deren Übergang anzunehmen, was wiederum eines der Kriterien für die Annahme eines Betriebsübergangs nach der Rechtsprechung des EuGH ist.

Darüber wurde der EuGH berufen, in einer weiteren Entscheidung zu urteilen und damit manches zu präzisieren, was für die Abgrenzung zwischen Auftragsnachfolge und Betriebsübergang wichtig sein kann. In der Rs. **Güney-Görres**⁴⁶ ging es um eine Auftragsnachfolge zwischen zwei Unternehmen in der Durchführung der Fluggast- und Gepäckkontrolle auf dem Flughafen Düsseldorf, wobei die Bundesrepublik Deutschland gemäß den Vertragsbedingungen die zur Luftsicherheit erforderlichen Gerätschaften zur Verfügung stellte und deren Wartung und Kosten übernahm. Die Kläger waren bei dem ersten Unternehmen eingestellt, ihnen wurde von diesem gekündigt und sie klagten auf Feststellung des Fortbestandes ihrer Arbeitsverhältnisse auch bei dem zweiten Unternehmen gemäß § 613a BGB, in welchem die RL 2001/23/EG (konsolidierte Fassung der RL 77/187/EWG) im deutschen Recht übernommen wurde. Das Arbeitsgericht Düsseldorf legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob es nach Gemeinschaftsrecht zulässig sei, die Annahme eines Übergangs von Betriebsmitteln von deren eigenwirtschaftlicher Nutzung abhängig zu machen, wie nach der Rechtsprechung des BAG. Mit anderen Worten lautete die Frage, welche Bedeutung es für das Vorliegen eines Betriebsübergangs hat, wenn der neue Auftragnehmer Betriebsmittel nicht zur eigenwirtschaftlichen Nutzung übernimmt, sie nämlich nicht innerhalb eigener Verfügungsmacht und eigener Kalkulation zur Erzielung eines zusätzlichen wirtschaftlichen Vorteils einsetzen kann.

Dazu meinte der EuGH, daß die Anwendbarkeit der Richtlinie zwar den Übergang einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit voraussetze, welche sich auf die Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung gründet. Dennoch stellte er am Ende, unter bloßem Hinweis auf Wortlaut und Zielsetzung der Betriebsübergangsrichtlinie, einfach fest, daß Art. 1 der Richtlinie bei der Prüfung des

⁴⁴ Idem, I-11269 f., Rdn. 34-35.

⁴⁵ *Hantel*, Europäisches Arbeitsrecht², Berlin (2019) 243 m. w. Nachw.

⁴⁶ EuGH verb. Rs. C-232/04 und C-233/04 – Güney-Görres und Demir – Slg. 2005, I-11255 = BB 2006, 272 = EuZW 2006, 151 = ZESAR 2006, 360 (*Egartner*); vgl. dazu *Schlachter*, Betriebsübergang bei „eigenwirtschaftlicher Nutzung“ von Betriebsmitteln des Auftraggebers, NZA 2006, 80; *Waas*, Neuere Entwicklungen im Europäischen Arbeitsrecht, ZESAR 2006, 289, 293 ff.; *Willemsen/Müntefering*, Outsourcing nach „Güney-Görres“, NZA 2006, 1185.

Vorliegens eines Betriebsübergangs im Fall einer Auftragsneuvergabe dahin auszulegen sei, daß die Feststellung einer Überlassung der Betriebsmittel zur eigenwirtschaftlichen Nutzung keine notwendige Voraussetzung für die Bejahung eines Übergangs vom ursprünglichen auf den neuen Auftragnehmer sei⁴⁷. Sie stelle nur einen Aspekt der Gesamtbetrachtung dar, die das nationale Gericht bei der Prüfung eines möglichen Betriebsübergangs vorzunehmen habe.

Das noch nicht abschließend gelöste Problem liegt in den Tatbestandsvoraussetzungen des Betriebs- oder Betriebsteilübergangs, was wiederum daran liegt, daß die Rechtsprechung des EuGH nicht definiert, wann ein Betrieb oder Betriebsteil vorliegt⁴⁸, sondern die Argumentation auf die Rechtsfolgenebene fokussiert: wenn der wirtschaftlichen Einheit ihre Identität bewahrt bleibt, liege ein Betriebsübergang vor. Für die Abgrenzung von Funktionsnachfolge zum Betriebsübergang soll es auf eine Gesamtwürdigung ankommen⁴⁹. Was als Betrieb oder Betriebsteil anzusehen sei, müsse nach dem Zweck der Vorschrift, der primär in der Schließung einer Lücke im Kündigungsschutzsystem besteht, bestimmt werden⁵⁰.

3. In dem Mangold-Fall⁵¹ – und somit kommen wir zur nächsten Fallstudie – ging es um die Vereinbarkeit des § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG mit Art. 6 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG) sowie den §§ 2, 5 und 8 der mit der RL 1999/70/EG (zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge) durchgeführten Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom

⁴⁷ Vgl. EuGH verb. Rs. C-232/04 und C-233/04 – Güney-Görres und Demir – Slg. 2005, I-11272.

⁴⁸ Vgl. *Hartmann* (Fn. 20) 53 der anhand rechtsvergleichender Erwägungen meint, daß die Rechtsprechung des EuGH den Schutzzweck der Richtlinie nicht klar herausgearbeitet habe und sich dies bei der Auslegung des Begriffs „Betriebsübergang“ niederschlage.

⁴⁹ Diesbezüglich wird in der Literatur angemerkt, daß bei der Beurteilung des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit die besondere Interessenlage berücksichtigt werden soll, wonach der Erwerber des Betriebs einen so gewichtigen Vorteil durch den Betriebsübergang erhalten müsse, daß dies die Pflicht zur Übernahme der Arbeitnehmer rechtfertige. Dies tue der EuGH nicht, vgl. *Raab* (Fn. 27) 291; *Annuß* (Fn. 42) 94.

⁵⁰ Zur richtlinienkonformen Auslegung vgl. *Willemsen* (Fn. 24) Rdn. 9. Die neuere Literatur bemängelt trotz der Fülle an Urteilen und der neugefassten Richtlinie eine stets bestehende Rechtsunsicherheit bei der Feststellung eines Betriebsübergangs, s. *Willemsen/Sagan*, Der Tatbestand des Betriebsübergangs nach „Klarenberg“, ZIP 2010, 1205; *Raab*, (Fn. 27) 292.

⁵¹ EuGH Rs. C-144/04 – Mangold – Slg. 2005, I-10013 = EuZW 2006, 17 = NZA 2005, 1345 = RdA 2007, 169 (*Kuras*) = ZESAR 2006, 65 (*Reichold*); vgl. dazu *Annuß*, Das Verbot der Altersdiskriminierung als unmittelbar geltendes Recht, BB 2006, 325; *Bauer/Arnold*, Auf „Junk“ folgt „Mangold“ - Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, 6; *Koenigs*, Unbegrenzte Prüfungsbefugnis des EuGH?, DB 2006, 49; *Hailbronner*, Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?, NZA 2006, 811; *Körner*, Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf, NZA 2005, 1395; *Preis*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht – Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, 401; *Reichold*, Der Fall Mangold: Entdeckung eines europäischen Gleichbehandlungsprinzips?, ZESAR 2006, 55; *Schiek/von Ossietzky*, Grundsätzliche Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote nach der Entscheidung Mangold, AuR 2006, 145; *Streinz/Herrmann*, Der Fall Mangold – eine „kopernikanische Wende im Europarecht“?, RdA 2007, 165; *Waas*, Europarechtliche Schranken für die Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern?, EuZW 2005, 583.

18.03.1999. In der fiktiven⁵², aber trotzdem vom EuGH zugelassen Rechtssache, hatte ein deutscher Rechtsanwalt mit einem älteren Arbeitnehmer einen befristeten Vertrag gemäß § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG abgeschlossen, wonach Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, ohne sachliche Rechtfertigung befristet und beliebig verlängerbar abgeschlossen werden können. Die vom Arbeitsgericht München dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wurden in dem Sinne beantwortet, daß § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG, mit welchem aus Gründen der Beschäftigungsförderung das Alter gesenkt wurde, ab dem uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können, nicht dem § 8 der Rahmenvereinbarung entgegenstehe⁵³. Diese Norm steht aber nach Auffassung des Gerichtshofs dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere Art. 6 Abs. 1 der RL 2000/78/EG entgegen⁵⁴, weil sie praktisch darauf hinaus läuft, daß allen Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, unterschiedslos und gleichgültig, ob und wie lange sie vor dem Vertragsabschluß arbeitslos waren, befristete Arbeitsverträge angeboten werden könnten⁵⁵. Insofern, als das Alter des Arbeitnehmers als einziges Kriterium für die Befristung des Arbeitsvertrags festgelegt wird, ohne den Nachweis, daß dies in Anbetracht der persönlichen Situation bzw. der des Arbeitsmarkts zur beruflichen Eingliederung des Arbeitslosen erforderlich sei, widerspricht eine solche Vorschrift dem Ziel der RL 2000/78/EG und kann daher nicht nach deren Art. 6 Abs. 1 gerechtfertigt werden⁵⁶.

Der Entscheidung wurde vorgeworfen, der EuGH wolle sich als privatrechtliche Superrevisionsinstanz etablieren⁵⁷. Insbesondere der Hinweis in der Entscheidung, der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sei nicht in der Richtlinie selbst verankert – die lediglich eine Diskriminierung aufgrund der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung bekämpfen will – sondern finde seinen Ursprung in den verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten,⁵⁸ wurde stark kritisiert: somit habe der EuGH das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters als allgemeinen Grundsatz des

⁵² Dazu eingehend *Bauer*, Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, NZA 2005, 800 ff.

⁵³ EuGH Rs. C-144/04 – Mangold – Slg. 2005, I-10013, Rdn. 54.

⁵⁴ *Idem*, I-10041, Rdn. 78.

⁵⁵ *Idem*, I-10037, Rdn. 64.

⁵⁶ *Idem*, I-10037, Rdn. 65.

⁵⁷ Vgl. dazu *Abele*, Der EuGH als Superrevisionsinstanz in arbeitsrechtlichen Diskriminierungsstreitigkeiten, BB Die erste Seite 2005, Nr. 51; *Canaris*, Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz, EuZW 1994, 417; *Hailbronner* (Fn. 51); *Möllers*, Doppelte Rechtsfortbildung contra legem?, EuR 1998, 20; *Preis* (Fn. 51).

⁵⁸ EuGH Rs. C-144/04 – Mangold – Slg. 2005, I-10013, Rdn. 74.

Gemeinschaftsrechts erfunden⁵⁹. Der EuGH hatte sozusagen das Verbot der Altersdiskriminierung kraft Rechtsfortbildung als ein „neues“ Gemeinschaftsgrundrecht, als ein primärrechtliches Verbot, erschaffen und zwar als Ausfluss des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, welcher wiederum seine Wurzeln im allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz hat.⁶⁰

In Wirklichkeit muß das Urteil vor dem Hintergrund eines unbedingten Willens des EuGH gesehen werden, Diskriminierungen zu bekämpfen und dem Grundsatz der Gleichbehandlung, ob im Einklang oder entgegen der Regelungen der Mitgliedstaaten, zu mehr Gewicht zu verhelfen. Daß damit das Risiko eingegangen wird, daß den Mitgliedstaaten ein relativ dünner Ermessensspielraum bleiben könnte, ist dem Gerichtshof wohl klar⁶¹. Das Problem dabei liegt nicht in einer angeblichen Erfindung des Altersdiskriminierungsverbots als neues primärrechtliches Gemeinschaftsgrundrecht bzw. Antidiskriminierungstatbestand, da, wie angemerkt wird, die Mehrheit der Verfassungen der Mitgliedstaaten explizit kein solches Grundrecht kenne, obwohl sich der EuGH gerade auf eine angebliche, gemeinsame Verfassungstradition diesbezüglich beruft⁶². Das stimmt zwar, doch ist die Argumentation des EuGH nachvollziehbar, wenn er das Alter in einem Atemzug mit den sonstigen „klassischen“ Tatbeständen der Diskriminierung nennt, die alle in der Tat in den Verfassungen der Mitgliedstaaten enthalten sind. Es wäre letztendlich systemwidrig, das Alter aus dem Katalog der Diskriminierungstatbestände auszuschließen; daß es in älteren Verfassungen nicht explizit genannt wird – während in jüngeren wohl; siehe die portugiesische – ist mehr historisch als dogmatisch zu erklären.

Zu hinterfragen scheint eher der Umstand, – um wieder zum Hauptthema zurückzukehren – daß der Mangold-Fall Rechtsfortbildung zu sein scheint, die (aufbauend auf dem Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – die zwar noch nicht Rechtsverbindlichkeit erlangt hatte, dem Gericht aber bekannt war⁶³) das

⁵⁹ Egger, Nationale Interessen und Nichtdiskriminierung im Arbeits- und Sozialrecht, in *Roth/Hilpold* (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, Bern (2008) 55, 72; *Hanau*, Neues vom Alter im Arbeitsverhältnis, ZIP 2007, 2381, 2383; *Jahn*, Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, NJW 2008, 1788; *Preis* (Fn. 51) 405; relativierend dazu *Haltern*, Eine Lanze für Mangold, in: *Haltern/Bergmann*, Der EuGH in der Kritik, Tübingen (2012) 38 ff.

⁶⁰ Vgl. *Egger* (Fn. 59) 72.

⁶¹ Bedenken in diese Richtung: GA *Geelhoed* Rs. C-13/05 – Navas – Slg. 2006, I-06467, Rdn. 54.

⁶² Die Verfassung von Finnland enthält in § 6 I 2 ein allgemeines Verbot der Altersdiskriminierung, die von Portugal in Art. 59 ein Altersdiskriminierungsverbot in Bezug auf Arbeitsbedingungen. So *Egger* (Fn. 59) 72.

⁶³ Ähnlich *Gallner*, Rechtliche Spannungsfelder in Europa, in: FS *Preis*, München (2021) 288 und *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, München (2008) 396 f. Zu der weiteren Entwicklung des Verhältnisses von Art. 21 I EGRCh und dem ungeschriebenen primärrechtlichen Verbot der Altersdiskriminierung: EuGH Rs. C-555/07 – *Kücükdeveci* – Slg. 2010, I-00365, Rdn. 21 f. und EuGH Rs. C-441/14 – *Dansk Industri* – ECLI:EU:C:2016:278, Rdn. 22. In der Tendenz scheint sich der EuGH zunehmend stärker auf

Altersdiskriminierungsverbot zu einem allgemeinen Grundsatz der europäischen Union erhoben hat. Mit anderen Worten: auch bei der Auslegung einer Antidiskriminierungsrichtlinie scheint sich der EuGH im Wege der Rechtsfortbildung als Schöpfer neuen Primärrechts zu sehen⁶⁴.

Dabei ist die Frage des Verhältnisses zwischen Auffassung der Grundrechte durch den EuGH und durch die Mitgliedstaaten⁶⁵ von einer gewissen Relevanz, auch in Anbetracht der weiteren von der Entscheidung hervorgerufen Diskussion: nämlich die der unmittelbaren horizontalen Drittwirkung der Richtlinie und im Allgemeinen des Anwendungsspagats zwischen Recht der Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsrecht. Hier hat der EuGH in der Tat, ohne daß die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie selbst gegeben wären⁶⁶, die Anwendung einer vom Gesetzgeber im § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG bewußt vorgenommene Ausnahme verworfen, unter Rückgriff auf ein in der vorliegenden Entscheidung erstmalig herausgearbeitetes, ungeschriebenes primärrechtliches Antidiskriminierungsverbot, hier konkret das allgemeine Verbot der Altersdiskriminierung, was übrigens damals als solches im nationalen Recht nicht vorhanden war. Damit schien er auch die direkte Anwendbarkeit der Richtlinie postuliert zu haben und zwar in einem Fall, in dem die Frist zur Umsetzung noch nicht abgelaufen war: war damit intendiert, die Bundesrepublik zu einer schnelleren Handlung bei der Umsetzung zu motivieren⁶⁷?

Die Brisanz der Konsequenzen der Mangold-Entscheidung sowie die zum Teil heftige Kritik, „der Rechtslehre, der Medien und der meisten Verfahrenseteiligten“ – wie der slowakische GA Mazák in seinen Schlußanträgen bemerkte⁶⁸ – die sie hervorgerufen hatte, bewirkten in der

Art. 21 Abs. 1 EGRCh stützen zu wollen, was in der Rs. C-414/16 – Egenberger – ECLI:EU: C:2018:257, Rdn. 77 ff. – obgleich einen anderen Diskriminierungsgrund betreffend – deutlich zu Tage tritt.

⁶⁴ Siehe dazu erhellend *Preis* (Fn. 51) 404, der sich fragt, ob eine Europäische Verfassung durch die Hintertür des Richterrechts entstanden ist.

⁶⁵ Durch BVerfG, Beschluß v. 06.07.2010 – 2 BvR 2661/06 – Fall Honeywell = NJW 2010, 3422 hat das Bundesverfassungsgericht (mit Sondervotum vom Richter Landau) festgestellt, daß das Mangold-Urteil des EuGH keine verfassungswidrige Kompetenzüberschreitung darstellt.

⁶⁶ Der EuGH hatte noch in EuGH verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 – Pfeiffer u. a. – Slg. 2004, I-8916, Rdn. 109 den Argumenten des GA *Colomer* für eine horizontale Drittwirkung europäischer Richtlinien eine klare Absage erteilt.

⁶⁷ Das vermutet jedenfalls *Preis* (Fn. 51) 404. In EuGH Rs. C-427/06 – Bartsch – ECLI:EU:C:2008:517 wurde allerdings klargestellt, daß da Gemeinschaftsrecht kein Verbot der Altersdiskriminierung enthält, dessen Schutz die Gerichte der Mitgliedstaaten zu gewährleisten haben, wenn die möglicherweise diskriminierende Behandlung keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufweist. Darüber hinaus klärt der EuGH, daß ein solcher gemeinschaftlicher Bezug weder durch Art. 13 EG noch durch die RL 2000/78/EG vor Ablauf der dem Mitgliedstaat für die Umsetzung dieser Richtlinie gesetzten Frist hergestellt wird. Damit wurde die entsprechende Vorlagefrage des BAG in eher „relativierenden“ Sinn hinsichtlich der Konsequenzen der Mangold-Entscheidung beantwortet. Dazu vgl. *Bauer/Arnold*, Verbot der Altersdiskriminierung. Die Bartsch-Entscheidung des EuGH und ihre Folgen, NJW 2008, 3377.

⁶⁸ Schlußanträge des GA *Mazák*, Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa – Slg. 2007, I-8553, Rdn. 83.

Rs. Palacios de la Villa⁶⁹ eine beeindruckende Wendung des Argumentationsdukts und des Ergebnisses des EuGH.

Das Ausgangsverfahren betraf eine spanische Regelung, die Klauseln für gültig erklärte, welche in Tarifverträgen die Zwangsversetzung in den Ruhestand unter der Voraussetzung vorsahen, daß der Arbeitnehmer die im nationalen Recht für den Eintritt in den Ruhestand festgesetzte Altersgrenze von 65 Jahren erreicht und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Altersrente erfüllt hatte. Herrn Palacios de la Villa wurde von dem Unternehmen, für das er seit 1981 arbeitete, mitgeteilt, daß aufgrund einer solchen Klausel sein Arbeitsverhältnis zum 18.07.2005 automatisch beendet sei⁷⁰. Herr Palacios de la Villa vertrat die Auffassung, daß diese Mitteilung einer Entlassung gleichkäme und klagte daher auf Erklärung deren Nichtigkeit, weil sie allein auf dem Umstand beruhe, daß er das 65. Lebensjahr vollendet hatte und damit sein Recht, nicht wegen des Alters diskriminiert zu werden, verletze⁷¹. Das Gericht legte die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob diese nationale Regelung gegen das Verbot jeglicher Diskriminierung wegen des Alters bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen verstößt⁷².

Der EuGH erkannte, wie es dort heißt, daß das in der RL 2000/78/EG konkretisierte Verbot jeglicher Diskriminierung wegen des Alters dahingehend auszulegen sei, daß es einer nationalen Regelung nicht entgegenstehe, die eine in Tarifverträgen enthaltene Klausel über die Zwangsversetzung in den Ruhestand für gültig erklärt, in der als Voraussetzung lediglich verlangt wird, daß der Arbeitnehmer die im nationalen Recht auf 65 Jahre festgesetzte Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erreicht und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Altersrente erfüllt, sofern diese Maßnahme – auch wenn sie auf das Alter abstellt – objektiv und angemessen sei und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, das in Beziehung zur Beschäftigungspolitik und zum Arbeitsmarkt steht, gerechtfertigt sei und die Mittel, die zur Erreichung dieses im Allgemeininteresse liegenden Ziels eingesetzt werden, nicht als dafür unangemessen und nicht erforderlich erscheine. Ein ausdrücklicher Hinweis auf ein solches Ziel in der nationalen Regelung ist dabei nach Ansicht des EuGH nicht

⁶⁹ Vgl. dazu *Reich*, „Mangold“ und kein Ende – oder doch?, *EuZW* 2007, 198; *Reiner*, Rückzugstendenzen von der Rs. Mangold, *ecolex* 2007, 270; *Waas*, Zur Bewertung von Altersgrenzen nach europäischem Recht, *EuZW* 2007, 359; *Waltermann*, Altersdiskriminierung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, *ZESAR* 2007, 361.

⁷⁰ EuGH Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa – Slg. 2007, I-8587, Rdn. 48.

⁷¹ *Idem*, I-8582, Rdn. 31.

⁷² *Idem*, I-8587, Rdn. 48.

erforderlich⁷³. Dem war in der Entscheidung eine lange Wiedergabe sowohl der nationalen Regelung als auch der Richtlinie und der Argumente des vorlegenden Gerichts vorangegangen, was einen gewissen Eindruck von Redundanz, ja Prolixität, hervorruft, zumal auf der anderen Seite die Richter nicht im Rahmen einer juristischen Schlußfolgerung auf die viel diskutierte weite Auslegung des Verbots der Altersdiskriminierung, insbesondere in seiner Auffassung als Gemeinschaftsgrundrecht, Bezug nahmen, auf der die Mangold-Entscheidung beruhte. Vielmehr stellten sie einfach fest, die spanische Regelung ziele darauf ab, durch eine Regulierung des Arbeitsmarkts die Arbeitslosigkeit einzudämmen, was im Einklang mit der Richtlinie stehe⁷⁴. Damit scheint der EuGH seinen Ansatz in dem Sinne zu relativieren, daß die Verhältnismäßigkeit der regulativen Maßnahmenpolitik gewährleistet werden solle.

Ich weiß nicht, ob der EuGH, zwei Jahre nach der Entscheidung in der Rs. Mangold „Angst vor der eigenen Courage bekommen“ hat, da acht der Richter der Großen Kammer an beiden Verfahren beteiligt waren und „der Berichterstatter jeweils derselbe war“, wie geschrieben wurde⁷⁵. Jedenfalls schien er offen für die Argumente des GA Mazák, der die Schlußfolgerungen hinsichtlich eines allgemeinen Verbots der Diskriminierung aufgrund des Alters nicht für „unbedingt zwingend“ hielt⁷⁶ und sie als „gewagte[n] Vorschlag“ und „bemerkenswerte[n] Schritt“ definierte⁷⁷.

Diese Linie entsprach der in der Rs. **Navas**⁷⁸, in welcher übrigens wiederum der GA (Geelhoed) eine zurückhaltende Position hinsichtlich der Auslegung und Anwendung der Richtlinie eingenommen hatte⁷⁹. Hier hatte eine acht Monate lang krankgeschriebene spanische Arbeitnehmerin gegen die Kündigung durch den Arbeitgeber geklagt, welche – wie das vorlegende spanische Gericht ausführte – mangels anderweitigen Vortrags oder Nachweises in den Akten (infolge der Umkehr der Beweislast) als allein durch die Krankheit der Klägerin verursacht anzunehmen war⁸⁰. Das vorlegende Gericht – offensichtlich bemüht um eine Erweiterung der Diskriminierungstatbestände und damit des Anwendungsbereichs der Richtlinie – legte, da das nationale Recht und die explizite Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts Krankheit nicht als Grundlage einer Diskriminierung zwischen

⁷³ Idem, I-8595, Rdn. 79.

⁷⁴ Idem, I-8586, Rdn. 46; I-8588, Rdn. 52; I-8590, Rdn. 62.

⁷⁵ Egger (Fn. 59) 76.

⁷⁶ Schlußanträge des GA Mazák, Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa – Slg. 2007, I-8556, Rdn. 97.

⁷⁷ Idem, I-8554, Rdn. 89.

⁷⁸ EuGH Rs. C-13/05 – Chacón Navas – Slg. 2006, I-6488 ff.; dazu *Junker/Aldea*, *Augenmaß im Europäischen Arbeitsrecht – Die Urteile Adeneler und Navas*, EuZW 2007, 13; Egger (Fn. 59) 77.

⁷⁹ Schlußanträge des GA Geelhoed, Rs. C-13/05 – Chacón Navas – Slg. 2006, I-6482, Rdn. 56.

⁸⁰ EuGH Rs. C-13/05 – Chacón Navas – Slg. 2006, I-6498, Rdn. 20.

Privatpersonen anerkannten, die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob der Begriff der „Behinderung“ im Art. 1 der Richtlinie in dem Sinne auszulegen sei, daß darunter auch eine Krankheit zu verstehen sei, was der Schaffung eines neuen Diskriminierungsverbots wegen Krankheit gleichkäme. Anders als bei der Mangold-Entscheidung stellt der EuGH hier eher auf eine restriktive Auslegung des Begriffs ab, so daß ganz klar festgestellt wird, daß der Fall einer Person, der wegen einer Krankheit vom Arbeitgeber gekündigt wird, nicht vom Verbot der Diskriminierung wegen Behinderung aus der Richtlinie erfaßt wird. Der Gerichtshof präzisiert, daß das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung bei Entlassungen nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 lit. c nicht einer Entlassung wegen Krankheit entgegenstehe, die dadurch gerechtfertigt wird, daß die betroffene Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen ihres Arbeitsplatzes nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist⁸¹; und – was gerade vor dem Hintergrund des *impetus* zur Rechtsfortbildung der Mangold-Entscheidung besonders wichtig ist – stellt unmißverständlich fest, daß Art. 13 EG-Vertrag über die Diskriminierung wegen einer Behinderung hinaus nicht auch diejenige wegen einer Krankheit betrifft. Zwar gehöre das allgemeine Diskriminierungsverbot zu den Grundrechten als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts; daraus ergebe sich aber nicht, daß der Geltungsbereich der Richtlinie im Wege der entsprechenden Anwendung über die Diskriminierungsgründe hinaus – die in Art. 1 der Richtlinie abschließend aufgezählt sind – ausgedehnt werden darf⁸².

Der Umstand, daß ein Verbot aufgrund von Krankheit in der Aufzählung von Art. 1 der Richtlinie nicht enthalten ist, wäre jedoch – folgt man der Argumentation des Gerichts im Mangold-Fall – nicht entscheidungserheblich, wenn die Ausformung und Begründung eines primärrechtlichen Verbots von Diskriminierungen aufgrund von Krankheit gelänge; worauf auch die zweite Vorlagefrage des spanischen Gerichts in der Rs. **Navas** abzielen scheint⁸³, der der EuGH bemerkenswert eine Absage erteilt⁸⁴.

4. M. E. weniger begründet war dagegen – um zur letzten Fallstudie zu kommen – die Aufregung im Schrifttum hinsichtlich der Rechtsprechung des EuGH zu der Feststellung des

⁸¹ Idem, I-6506, Rdn. 51.

⁸² Idem, I-6507, Rdn. 55 f.

⁸³ Schlußanträge des GA *Geelhoed*, Rs. C-13/05 – Chacón Navas – Slg. 2006, I-6482, Rdn. 29.

⁸⁴ EuGH Rs. C-13/05 – Chacón Navas – Slg. 2006, I-6498, Rdn. 54. Zum Leitgedanken der Mangold-Entscheidung, der RL 2000/78/EG und dem noch nicht rechtsverbindlichen Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta über den „Umweg“ des Primärrechts Geltung zu verschaffen s. auch *Craig*, The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions, ELR 2009 (34), 349, 373; *von Kielmansegg*, Tücken im Dreieck – Die individualbelastende Richtlinienwirkung im Unionsrecht, EuR 2014, 30, 37 f.; nahe liegt in jedem Fall, dass dem EuGH die Umgehungsmöglichkeit der Frage nach der unmittelbaren horizontalen Wirkung der RL 2000/78/EG sehr gelegen kam, so GA *Mazák*, Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa – Slg. 2007, I-8556, Rdn. 80.

Eintritts und der Dauer der Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf die Durchführungsverordnung 574/72/EWG der Verordnung 1408/71/EWG (ersetzt durch VO Nr. 987/2009). Die Interpretation des Gerichtshofs hält sich hier in den Grenzen der zulässigen Auslegung und nicht der „unzulässigen Rechtsfortbildung“, wie es teilweise hieß⁸⁵.

Die erste in diesem Zusammenhang relevante Entscheidung betrifft die Rs. **Rindone**⁸⁶. Das Bundessozialgericht legte dem EuGH Fragen zu Vorabentscheidung vor, die die Weigerung einer Krankenkasse betrafen, einem in Italien wohnenden Arbeitnehmer, der in Italien erkrankt war, Geldleistungen zu gewähren. Im wesentlichen ging es darum, ob nach Art. 18 der Durchführungsverordnung VO (EWG) Nr. 574/72 der zuständige Träger in der Bundesrepublik Deutschland an die vom Träger in Italien veranlassten ärztlichen Feststellungen gebunden ist, wenn er den betroffenen Arbeitnehmer nicht durch einen Arzt seiner Wahl hat untersuchen lassen, wozu er nach Art. 18 Abs. 5 VO (EWG) Nr. 574/72 berechtigt ist⁸⁷ und ob sich etwas daran ändert, wenn die im Art. 18 Abs. 1 bzw. 3 für die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung enthaltenen Fristen vom Arbeitnehmer bzw. vom Träger des Wohnorts nicht eingehalten wurden⁸⁸. Darüber hinaus wurde gefragt, ob die von Art. 18 Abs. 5 für den zuständigen Träger vorgesehene Möglichkeit, den Betroffenen durch einen Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen, in dem Sinne auszulegen sei, daß dies durch einen Arzt des Beschäftigungslandes geschehen kann und welche Rechtsfolge sich ergibt, wenn der Arbeitnehmer sich der Untersuchung im Beschäftigungsland nicht stellt⁸⁹. Der EuGH entschied, daß der zuständige Träger in der Bundesrepublik Deutschland an die in Italien erfolgten ärztlichen Feststellungen gebunden ist, sofern er nicht von der in Art. 18 Abs. 5 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch macht, den Betroffenen durch einen Arzt seiner Wahl am Wohnort untersuchen zu lassen⁹⁰, was angesichts der Ziele des Art. 18, Beweisschwierigkeiten soweit wie möglich zu vermeiden, auch überzeugend ist. Wie der Gerichtshof nämlich zu Recht argumentiert, ergeben sich für den Arbeitnehmer, dessen Gesundheit wiederhergestellt ist, erhebliche Beweisschwierigkeiten, wenn es dem zuständigen Träger freistünde, die am Wohnort festgestellte Arbeitsunfähigkeit nicht anzuerkennen. Weniger überzeugend ist die Entscheidung bezüglich der Nichteinhaltung der Fristen, die *de facto* deren Nichtbeachtung

⁸⁵ Vgl. *Berenz*, Lohnfortzahlung bei Erkrankung im Ausland, Arbeitgeber 1992, 861; *Erasmý*, Der EuGH konterkariert nationales Arbeitsrecht, Arbeitgeber 1992, 856, 859.

⁸⁶ EuGH Rs. C-22/86 – Rindone – Slg. 1987, I-1359; vgl. dazu eingehend *Pollmann*, Abstraktion, Objektivierung und Rationalität bei der staatenübergreifenden Feststellung von Arbeitsunfähigkeit, am Beispiel der EuGH-Sache Rindone, ZIAS 1992, 62.

⁸⁷ *Idem*, I-1362, Rdn. 6.

⁸⁸ *Idem*, I-1364, Rdn. 16.

⁸⁹ *Idem*, I-1365, Rdn. 20 u. 22.

⁹⁰ *Idem*, I-1364, Rdn. 15.

erlaubt, wenn der EuGH meint, das Verfahren habe normal abzulaufen, wenn die Kontrolluntersuchung noch durchgeführt werden kann⁹¹. Konsequenz zu der arbeitnehmerfreundlichen Haltung des Gerichtshofs hinsichtlich des Beweises der Arbeitsunfähigkeit – welche aber der Intention der Verordnung entspricht – ist die Auslegung des Art. 18 Abs. 5, wonach aus der Möglichkeit für den zuständigen Träger, den Arbeitnehmer von einem Arzt seiner Wahl untersuchen zu lassen, nicht die Verpflichtung für den Arbeitnehmer entsteht, in den Staat des zuständigen Trägers zurückzukehren, um sich dort einer ärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen. Eine solche Verpflichtung wäre unvereinbar mit der gebotenen Rücksichtnahme auf den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers⁹². Selbstverständlich hilft eine solche Rechtsprechung nicht wirklich bei der Bekämpfung des Mißbrauchs in den Fällen der tatsächlichen oder angeblichen Arbeitsunfähigkeit. Das ist aber nicht dem EuGH, sondern der Verordnung geschuldet.

Das Problem des Mißbrauchs stellte sich mit Virulenz in dem Paletta I-Fall⁹³, obgleich es in juristischer Hinsicht nicht wirklich thematisiert wurde⁹⁴. Familie Paletta, bestehend aus Mann, Frau und zwei Kindern, die alle beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt waren, pflegte mehrere Wochen verspätet aus dem Heimaturlaub im sonnigen Kalabrien zurückzukehren. Die deutsche Arbeitgeberin wurde – nicht wirklich überraschend – mißtrauisch und weigerte sich, den Lohn in den ersten sechs Wochen nach Eintritt der Krankheit mit dem Argument zu zahlen, daß sie an die im Ausland getroffenen ärztlichen Feststellungen, an deren Richtigkeit sie ernstliche Zweifel hatte, nicht gebunden sei; daraufhin klagten die Palettas auf Lohnfortzahlung: nachdem die Arbeitgeberin von der ihr zustehenden Möglichkeit, die Arbeitnehmer von einem Arzt ihrer Wahl untersuchen zu lassen, keinen Gebrauch gemacht habe, sei sie in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht an die ärztlichen Feststellungen des Arztes am Wohnort gebunden⁹⁵. Das Arbeitsgericht Lörrach legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die in der Rs. Rindone – siehe oben – entwickelten Grundsätze zur Auslegung des Art. 18 Abs. 1 und 5 der VO Nr. 574/72/EWG auch auf den Fall zu übertragen seien, daß Träger der Geldleistungen bei Krankheit der Arbeitgeber und nicht der Sozialversicherungsträger sei und zwar in dem

⁹¹ Idem, I-1365, Rdn. 17.

⁹² Idem, I-1365, Rdn. 21.

⁹³ EuGH Rs. C-45/90 – Paletta – Slg. 1992, I-3458.

⁹⁴ Die Entscheidung wird bis heute im Zusammenhang mit dem Thema des Rechtsmissbrauchs im europäischen Arbeitsrecht als relevantes Beispiel angeführt, vgl. *Kamanabrou*, Rechtsmissbrauch im europäischen Arbeitsrecht, EuZA 2018, 18, 20 f. Wenngleich Paletta II die Frage des Missbrauchs deutlicher thematisiert, kam diese bereits am Rande in Paletta I zum Tragen, s. Schlußanträge GA *Mischo*, v. 04.06.1991, Rs. C-45/90 – Paletta – Slg. 1992, I-3446, Rdn. 32. In den Schlußanträgen zu Paletta I des GA *Gulmann*, dem nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung die Aufgabe zukam, erneut Schlußanträge zu stellen, findet der Begriff Missbrauch indes nicht einmal Erwähnung, s. Schlußanträge GA *Gulmann*, v. 21.11.1991, Rs. C-45/90 – Paletta – Slg. 1992, I-3449.

⁹⁵ EuGH Rs. C-45/90 – Paletta – Slg. 1992, I-3458, Rdn. 4 f.

Sinne, daß der zuständige Träger von Entgeltfortzahlungsleistungen im Krankheitsfall die Feststellungen des Sozialversicherungsträgers des Wohnorts des Arbeitnehmers über Eintritt und Dauer der Arbeitsunfähigkeit seiner Entscheidung über den Anspruch auf Geldleistungen in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht zugrunde legen soll. Darüber hinaus stellt das Gericht die Frage, ob der Arbeitgeber – falls die erste Frage bejaht wird – dies auch dann tun soll, wenn er keine andere rechtliche und tatsächliche Überprüfungsmöglichkeit hat, als bei der zuständigen Krankenkasse, die allerdings nicht primär leistungsverpflichtet ist, anzuregen, den Arbeitnehmer durch einem Vertrauensarzt seiner Wahl gemäß Art. 18 Abs. 5 der VO (EWG) Nr. 574/72 untersuchen zu lassen⁹⁶.

Die Substanz der Fragen des Gerichts ähnelt der des Rindone-Falls. Der Unterschied liegt in dem Umstand, daß hier der Arbeitgeber und nicht der Sozialversicherungsträger die Geldleistungen zahlen muß. Der EuGH erklärte die volle Anwendbarkeit der Grundsätze des Rindone-Falls auch auf den Paletta I-Fall, d.h. diese gelten auch zwischen Privaten.

Das oben schon angesprochene Problem des Mißbrauchs wird vom EuGH nicht recht thematisiert, obwohl gerade die Frage des vorlegenden Gerichts, ob der Arbeitgeber an die ärztlichen Feststellungen des Wohnorts gebunden sei, trotz praktisch sehr eingeschränkter Überprüfungsmöglichkeiten, dezidiert darauf hingewiesen hatte. Der EuGH begnügt sich mit dem Hinweis, daß derartige praktische Probleme eben durch Erlaß nationaler oder gemeinschaftsrechtlicher Maßnahmen gelöst werden müßten, die die Information des Arbeitgebers verbessern können und ihm den Rekurs auf das Verfahren des Art. 18 Abs. 5 der Verordnung erleichtern⁹⁷. Wiederum läßt sich konstatieren, daß dem EuGH kaum eine andere Entscheidung möglich bleibt, wenn das beabsichtigte Ziel der Verordnung, die Erleichterung der Beweisführung für den Arbeitnehmer ist, die wiederum dem höchsten Gut der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dient. Das Problem in diesem Fall ist nicht die Rechtsprechung, sondern die Gesetzgebung.

Nachdem das Arbeitsgericht Lörrach in Folge der Antwort des EuGH den Anträgen der klagenden Arbeitnehmer stattgegeben hatte und diese Entscheidung vom Landesarbeitsgericht bestätigt wurde, war es dann das BAG in dem Paletta II-Fall, das die Frage der missbräuchlichen oder gar betrügerischen Anwendung der so ausgelegten Regelung der Verordnung explizit stellte. Aus der Argumentation des BAG läßt sich die Sorge hinsichtlich des Inhalts und der Tragweite des Urteils Paletta klar herauslesen. Atteste, die eine

⁹⁶ Idem, I-3460, Rdn. 6.

⁹⁷ Idem, I-3465, Rdn. 27.

Arbeitsunfähigkeit bescheinigen, seien in der Praxis, unabhängig vom Land, in dem sie ausgestellt werden, nicht immer richtig. Deswegen geht die Rechtsprechung des BAG dahin, daß der Arbeitgeber die Richtigkeit einer ärztlichen Bescheinigung in Mißbrauchsfällen bestreiten kann. Er muß dann Umstände darlegen und beweisen, die ernste Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit entstehen lassen. Daraufhin muß dann der Arbeitnehmer zusätzliche Beweise für die behauptete Arbeitsunfähigkeit erbringen. Ob ein nationales Gericht bei der Anwendung des Art. 18 der Verordnung einen Mißbrauch seitens des Betroffenen berücksichtigen kann, sei aus dem Urteil Paletta nicht wirklich klar zu entnehmen. Würde aber der Mißbrauchseinwand des Arbeitgebers in den Fällen nicht zugelassen, in denen er in der Lage ist, Beweise vorzulegen, aus denen sich mit Sicherheit oder hinreichender Wahrscheinlichkeit ergibt, daß keine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe, würde das zu einer Besserstellung des im Ausland erkrankten Arbeitnehmers gegenüber demjenigen, der in der Bundesrepublik Deutschland erkrankt ist, führen, was auch deswegen bedenklich wäre, weil die Verordnung, um die es hier geht, gerade die Gleichbehandlung hinsichtlich der Leistungen der sozialen Sicherheit aller Angehörigen der Mitgliedstaaten nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten verfolgt⁹⁸. Jedenfalls fragt das BAG für den Fall, daß Art. 18 so auszulegen wäre, daß der Nachweis des Mißbrauchs nicht geführt werden dürfte, ob das nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße⁹⁹.

Der EuGH stellte zum einen klar, daß in der im Paletta I-Urteil zugrunde gelegten Auslegung des Art. 18 nicht auf den Fall einer mißbräuchlichen oder betrügerischen Anwendung der Norm abgestellt worden sei¹⁰⁰. Zum anderen schloß er sich aber nicht *expressis verbis* der Rechtsprechung des BAG an, sondern wies darauf hin, daß die vom BAG entwickelten Grundsätze, nach denen dem Arbeitnehmer die Pflicht obliegt, zusätzliche Beweise zu erbringen, wenn der Arbeitgeber Umstände darlegt und beweist, die zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit führen, insoweit nicht mit Art. 18 vereinbar seien, als sie für den in einem anderen als dem zuständigen Land erkrankten Arbeitnehmer gerade die Beweisschwierigkeiten verursachen würden, die die Verordnung vermeiden will. Doch erklärte er im Ergebnis unmißverständlich, daß es dem Arbeitgeber nicht verwehrt ist, Nachweise zu erbringen, anhand derer das nationale Gericht feststellen kann, daß der Arbeitnehmer missbräuchlich oder betrügerisch eine gemäß Art. 18 VO (EWG) Nr. 574/72 festgestellte

⁹⁸ Von dieser damaligen Argumentation scheint das BAG jedenfalls teilweise Abstand genommen zu haben, s. BAG, Urt. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 = NJW 2022, 490, s. u. im Text.

⁹⁹ EuGH Rs. C-206/94 – Paletta II – Slg. 1996, I-2386, Rdn. 10 bis 13; vgl. dazu *Bauer/Diller*, In Sachen Paletta endlich alles paletti, NZA 2000, 711.

¹⁰⁰ *Idem*, I-2390, Rdn. 23.

Arbeitsunfähigkeit gemeldet hat, ohne tatsächlich krank gewesen zu sein¹⁰¹. Art. 5 der VO (EG) Nr. 987/2009, die VO (EWG) Nr. 574/72 ersetzt hat, trägt dieser Rechtsprechung Rechnung.

In einem relativ jungen Urteil geht das BAG erneut auf den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein¹⁰². Das BAG greift dabei die Frage auf, ob aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur Bindungswirkung von im Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen eine Änderung der nationalen Rechtsprechung bezüglich der Überprüfung inländischer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen geboten sei und erteilt dieser eine klare Absage¹⁰³. Faktisch wird damit die Ungleichbehandlung¹⁰⁴ – oder die zumindest unterschiedliche beweisrechtliche Behandlung – zwischen inländischen Bescheinigungen und solchen aus dem EU-Ausland im nationalen Recht in der BAG-Rechtsprechung manifestiert¹⁰⁵. Dadurch wurde in systematischer Hinsicht eine Änderung der nationalen Rechtsprechung in Bereichen, die nicht den Kompetenzen des EuGH unterliegen, thematisiert, jedoch nicht umgesetzt. Dies geschah wohl nicht aufgrund kompetenzrechtlicher oder basisdemokratischer Überlegungen, sondern im Hinblick auf die faktische Missbrauchsgefahr, die der EuGH-Rechtsprechung innewohnt¹⁰⁶, wengleich das BAG diese an dieser Stelle nicht explizit heranzieht¹⁰⁷.

¹⁰¹ Idem, I-2391, Rdn. 27.

¹⁰² BAG, Ur. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 = NJW 2022, 490.

¹⁰³ Es reiche also – anders als bei im Inland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen – nicht aus, dass der Arbeitgeber Umstände beweist, die nur zu ernsthaften Zweifeln an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Anlass geben, BAG, Ur. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 = NJW 2022, 490, 492.

¹⁰⁴ Von einem unbefriedigenden Ergebnis der Ungleichbehandlung sprach freilich noch ErfK/*Reinhard*²², § 5 EFZG Rdn. 28, der erwog, die deutsche Rechtsprechung könne nachziehen und auch die im Inland ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als gesetzliche Vermutung ansehen, die in der Folge nur durch den Beweis des Gegenteils zu entkräften wäre, obgleich er konstatierte, daß sich keine Änderung der Rechtsprechung abzeichne; das BAG hält es aber für fraglich, ob eine grundrechtlich relevante Vergleichbarkeit der Sachverhalte überhaupt angenommen werden kann. Denn insoweit werde ein im Inland arbeitender EU-Ausländer, der im Inland erkrankt, nicht anders behandelt, als ein im Inland erkrankter Inländer und umgekehrt ein im EU-Ausland erkrankter, jedoch im Inland beschäftigter Arbeitnehmer stets gleich behandelt unabhängig davon, ob es sich um einen Inländer oder EU-Ausländer handelt.

¹⁰⁵ Da das BAG die unionsrechtskonform gebotene höhere Anforderung gegenüber dem deutschen Recht aber insoweit relativiert hat, daß an den Nachweis des betrügerischen oder rechtsmissbräuchlichen Zustandekommens einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, s. BAG, Ur. v. 19.02.1997 – 5 AZR 83/96 = NZA 1997, 652, wird in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen, daß einer im EU-Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ohnehin nur ein geringfügig höherer prozessualer Beweiswert zukommt, als einer in Deutschland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, s. *Fuhlrott/Mai*, Beweiskraft ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, NZA 2022, 97, 99; so auch *Linck* in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*¹⁹ (2021) § 98 Rdn. 114.

¹⁰⁶ *Greiner* in: *Kiel/Lunk/Oetker, Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I*⁵, (2021) § 82 Rdn. 35 bezweifelt allerdings, ob der EuGH bei einer erneuten Befassung die Beweisschwierigkeiten noch als ebenso gewichtig ansähe. Insbesondere bestünde heutzutage die Möglichkeit eine Vernehmung durch ein ortsansässiges Gericht in einem anderen EU-Mitgliedstaat durchzuführen.

¹⁰⁷ Das BAG, Ur. v. 08.09.2021 – 5 AZR 149/21 = NJW 2022, 490, 492 f. (m. w. Nachw. zur Literatur) geht vielmehr davon aus, eine Bescheinigung nach Art. 27 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 987/2009 enthalte Feststellungen, die aufgrund einer von der im EU-Ausland zuständigen Stelle angeordneten oder durchgeführten ärztlichen

III. Fazit

Eingangs wurde die These aufgestellt, aus den exemplarisch betrachteten Entscheidungen ließen sich Grundlinien für eine Wechselwirkung zwischen der Rechtsprechung des EuGH und der EU-Gesetzgebung erkennen.

Die Erörterung der Fälle dürfte gerade solche Wechselwirkungen gezeigt haben und daß es gleichzeitig zu kurz greift, sie auf das Verhältnis zwischen EuGH und EU-Gesetzgebung zu beschränken. Je nach Art des Rechtsstreits, der beteiligten Akteure – hier ist insbesondere an die Vorlagebeschlüsse nationaler Gerichte zu denken –, der in Frage stehenden Normen und der Intention(en) der Richtlinien variieren die Interaktionsmechanismen. So hat die EuGH-Entscheidung in dem Fall Bötzel nicht zu einer Änderung einer EU-Richtlinie geführt, sondern zu einer Änderung des nationalen Rechts, hier der Einfügung von § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Ob diese Änderung vom Ausgangspunkt des deutschen Verständnisses der Betriebsrats Tätigkeit her geboten war, ist eine Frage, die sich aufgrund des Vorrangs des EU-Rechts vor nationalem Recht schlicht nicht mehr stellt – es darf an das Bild des Dialogs unter Tauben erinnert werden, den der EuGH mit dem BAG (nicht) geführt hat. Im Ergebnis ist dem EuGH zwar beizupflichten, daß hier eine vom deutschen Gesetz nicht beabsichtigte, aber mittelbare Diskriminierung vorgelegen hat¹⁰⁸. Doch war es gerade die beharrliche Betonung des *telos* des § 37 BetrVG durch das BAG in Form der Kernfrage des Vorlagebeschlusses, nämlich ob es dem nationalen Gesetzgeber wegen des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung unmöglich sei, das Betriebsratsamt als unentgeltlich zu führendes Ehrenamt auszugestalten, das dem EuGH die finalen Konsequenzen der Bötzel-Entscheidung vor Augen geführt hat. Erst dadurch wurde der EuGH dazu bewegt, in der Rs. Lewark seine Rechtsprechung zu präzisieren, indem zugestanden wurde, daß das Erreichen eines legitimen sozialpolitischen Ziels, hier der Ehrenamtlichkeit des Betriebsratsamtes, die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit der RL 75/117/EWG und Art. 119 EWGV feststellen läßt. Somit bleibt das Prinzip des Ehrenamts aufrechterhalten dank der dogmatischen Beharrlichkeit des BAG in Verbindung mit einer salvatorischen Klausel des EuGH, der fast rhetorisch-argumentativer Charakter beizumessen ist.

Kontrolluntersuchung getroffen wurden und dieser Unterschied rechtfertige die unterschiedliche beweisrechtliche Behandlung der Bescheinigungen.

¹⁰⁸ Vgl. EuArbRK/*Kietaibl*²², RL 97/81/EG Art. 1 Rdn. 9; zur den dennoch bestehenden Entgeltbenachteiligungen Teilzeitbeschäftigter s. *Wiefeld*, Die Ungleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter bei der Vergütung, RdA 2021, 337.

Auch der Verfahrensgang Paletta zeigt, daß die Wiedervorlage nationaler Gerichte Klarheit bringen kann¹⁰⁹. Gerade in den Folgeentscheidungen ist es dem BAG wiederum gelungen, die eigentliche Aussagekraft der entsprechenden Urteile überzeugend herauszuarbeiten und die befürchtete Rechtsschutzlücke deutlich zu relativieren¹¹⁰.

In diesem Fall steht, wie im Christel Schmidt-Fall, der Einfluß des EuGH auf EU-Recht im Vordergrund; der Rechtsprechung des EuGH wird mit der Änderung der Richtlinie und Verordnung bis hin zur wortwörtlichen Übernahme Rechnung getragen¹¹¹.

Die mit dem Fall Christel Schmidt eingeleitete Ansicht zum Betriebsübergang hat der EuGH, wie dargelegt, mehrfach durch spätere Entscheidungen korrigiert bzw. konkretisiert. Vielleicht bestehen hier deswegen nach wie vor Unklarheiten¹¹² – die Neuvergabe der Reinigung und Instandhaltung verschiedener Gebäude hat den EuGH bezeichnenderweise erst kürzlich wieder beschäftigt¹¹³ – die vermuten lassen, daß die Rechtsprechung des EuGH noch die eine oder andere Überraschung bereithält¹¹⁴.

Jedenfalls zeigt diese Serie von korrigierten bzw. konkretisierten Entscheidungen, daß der EuGH durchaus willens und fähig ist, auf Zweifel, die in der Literatur geäußert werden oder sich indirekt aus der Formulierung der Fragen in den Vorlagebeschlüssen nationaler Gerichte ergeben, zu reagieren. Durch die systematische, manchmal prolix wirkende Wiederholung der tragenden Gründe vorheriger Entscheidungen bemüht sich der Gerichtshof zwar, den Eindruck von Kontinuität und Widerspruchlosigkeit seiner Rechtsprechung zu vermitteln, vielleicht auch um damit die stark systematisch-teleologische Orientierung seiner Normeninterpretation zu kaschieren. Mag nämlich der Anfang der Auslegung immer der Wortlaut des primären oder

¹⁰⁹ Unter Verweis auf die Vorlagefragen zum Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang so im Ergebnis auch *Riesenhuber*, Aspekte der Fehlerkorrektur im Europarecht, IWRZ 2018, 243, 245: „Vielleicht das größte Gewicht können nationale Gerichte mit ihren Vorlagen in die Waagschale werfen. Diese geben ihnen auch Gelegenheit, sich mit der früheren Rechtsprechung des EuGH auseinanderzusetzen.“

¹¹⁰ *Greiner* (Fn. 106), weist außerdem darauf hin, daß das Argument der Beweisschwierigkeiten aufgrund der Entwicklungen im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit der EU-Mitgliedstaaten zunehmend an Bedeutung zu verlieren scheint. Daher sei zweifelhaft, ob der EuGH bei einer erneuten Befassung die Beweisschwierigkeiten auf Arbeitnehmerseite noch als ebenso gewichtig ansähe. Insbesondere sei es inzwischen durchaus realistisch, die Vernehmung des behandelnden Arztes durch ein ortsansässiges Gericht in einem anderen EU-Mitgliedstaat durchzuführen.

¹¹¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b der RL 98/50/EG sowie RL 2001/23/EG; dazu o. Fn. 28.

¹¹² *Willemsen* (Fn. 24) Rdn. 7: „Aufgrund immer wieder neuer Wendungen insb. in der Rspr. des EuGH ist das Recht des Betriebsübergangs nach wie vor von erheblicher Rechtsunsicherheit geprägt und von einer wirklichen Konsolidierung noch immer weit entfernt.“; *Annuß* (Fn. 42) 87 spricht von „in ständiger Rechtsprechung entwickelten Floskeln“.

¹¹³ EuGH Rs. C 344/18 – ISS Facility Services = NZA 2020, 50; dazu kritisch *Bömer*, Betriebsübergang: Aufteilung eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses in zwei Teilzeitbeschäftigungen, EuZA 2021, 73.

¹¹⁴ *Raab* (Fn. 27) 284 u. 292; *Junker*, Der identitätswahrende Übergang einer wirtschaftlichen Einheit als Voraussetzung des Betriebsübergangs, EuZA 2019, 45, 49, bezeichnet die Christel-Schmidt-Entscheidung als „ausbrechendes Judikat“.

sekundären Rechts sein, so ist der Rekurs auf das Argument des Zusammenhangs mit der Verwirklichung des Gesamtziels des Unionsrechts regelmäßig das Tor zur extensiven Auslegung oder gar Rechtsfortbildung. Die erwähnte Mangold-Entscheidung, durch die mit dem Verbot der Altersdiskriminierung ein neues Gemeinschaftsgrundrecht geschaffen wurde, bietet ein Beispiel dafür. Das läßt sich auch bezüglich des Gebots der Gleichbehandlung hinter der Entscheidung in der Rs. Bötel oder der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Rs. Paletta feststellen.

Doch wird dem vorliegenden Gericht durch Verweis auf die von ihm vorzunehmende Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der in Frage stehenden Norm zur Erreichung eines legitimen sozialpolitischen Ziels, immer wieder die Möglichkeit eingeräumt, eine Entscheidung zu treffen, die dem nationalen Recht eher entspricht. Dabei spielen gerade bei der Überprüfung der Judikatur des EuGH die Generalanwälte eine bemerkenswerte Rolle: Wie oben angedeutet, hatte z. B. die vielfach geübte Kritik an der Mangold-Entscheidung GA Mazák in der Rs. Palacios dazu veranlaßt, den EuGH zu einer Korrektur seiner Rechtsprechung zu bewegen, auch wenn der EuGH darauf nicht einging¹¹⁵.

Letztendlich hat, wie eingangs schon angedeutet, die Frage der Rechtsfortbildung durch Gerichte viel mit der Qualität der zugrundeliegenden Normen zu tun. Hier bedeutet es, daß dem Rat die Aufgabe zufällt, mehr Sorgfalt bei dem Erlass europäischer Gesetzgebungsakte¹¹⁶ und bei erforderlichen Korrekturen des Unionsrechts aufzuwenden. Stattdessen überläßt, manchmal explizit, der EU-Gesetzgeber die Konkretisierung des normativen Inhalts der Richtlinien dem EuGH. Denn oftmals mangelt es an politischer Stärke und Willen, um den von einer Richtlinie erfaßten Bereich konsequent und stringent zu regeln, vor allen Dingen im Sinne einer klaren Zuständigkeitsverteilung. Man einigt sich daher nur auf einen minimalen Nenner und überläßt dem EuGH die weitestgehende Festlegung der Kompetenzfrage im Sinne des Unionsrechts.

Auf das Zusammenspiel von diversen Akteuren im Rechtsetzungsverfahren der EU wurde in der Literatur schon oft hingewiesen. Roman Herzog sprach sogar von einem „Spiel über die Bande in Brüssel“ und beschrieb es so: ein nationales Ministerium, dessen Regulierungsvorhaben auf nationaler Ebene keine Mehrheit findet, „ermutigt“ die zuständige Generaldirektion in der europäischen Kommission, das Vorhaben EU-weit zu verwirklichen.

¹¹⁵ S. o. S. 21 f.; zur Funktion und Bedeutung der Generalanwälte vgl. *Hakenberg/Seyr*, Verfahren vor dem Gerichtshof der EU⁴ (2020) Rdn. 478; *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht, Berlin (2012) 137 f. fordert bei einer abweichenden Ansicht des Generalanwalts einen erhöhten Begründungsaufwand seitens des Gerichts.

¹¹⁶ So auch *Hailbronner* (Fn. 51) 816.

Diese ist in der Regel dazu bereit; so daß es dann den üblichen Gesetzgebungsprozeß durchläuft. Schließlich entscheidet der Ministerrat darüber, in dem genau das anstoßgebende Fachministerium zusammen mit entsprechenden Ministerien der anderen Mitgliedstaaten sitzt¹¹⁷. Manchmal hat man den Eindruck, daß auch nationale Gerichte, wie wir haben es beim Vorlagebeschluß des LAG in der Rs. Christel Schmidt angedeutet¹¹⁸, die eine nach nationalem Recht nicht zulässige Entwicklung für zweckmäßig erachten, ihre Frage dem EuGH in der begründeten Erwartung vorlegen, daß sie in ihrem Sinn als europarechtlich geboten entschieden wird, womit gleichzeitig auch die Zuständigkeit des europäischen Rechts erweitert wird.

Rechtssoziologisch betrachtet entspricht es der Natur von Institutionen, sich perpetuieren und ihren Kompetenzbereich grundsätzlich ausdehnen zu wollen. Beim EuGH liegt ein gewisses institutionelles Problem auch darin, daß er gleichzeitig, um im deutschen Bild zu bleiben, wie ein BGH und wie ein BVerfG agiert. Er nimmt also einerseits die Rolle eines Höchstgerichts wahr, das das Recht auslegt, und andererseits die eines Verfassungsgerichts, das das auszulegende Recht kontrolliert, womit latent die Gefahr der Überschreitung von Grenzen droht. Deswegen wird angeregt, der EuGH solle anstatt selbst rechtsfortbildend zu entscheiden, häufiger dem Rat Aufträge zu Korrekturen des EU-Rechts nach dem Vorbild des deutschen Bundesverfassungsgerichts erteilen¹¹⁹.

Doch wird bei all diesen Betrachtungen oft ein Umstand nicht hinreichend gewürdigt. Der EuGH hat es mit den Rechtsordnungen und der Rechtspraxis von 27 Ländern zu tun, die er deswegen bei der Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit europäischem Recht – welches zwar von den Ländern grundsätzlich selbst gesetzt wurde, aber aus den oben erwähnten Gründen oft unklar hinsichtlich seiner Grenzen und konkreten Ziele ist – kennen, verstehen und berücksichtigen muß. Dem EuGH kommt die Aufgabe zu, sowohl diese Grenzen aufzuzeigen als auch dabei die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu beachten. Gewissermaßen ist er insoweit ein Gericht mit einer Agenda, als er in der Prüfung seiner Zuständigkeit tendenziell dazu neigt, diese zu erweitern. Doch das geschieht um der Idee der Verwirklichung der Ziele der Union im Sinne eines immer enger werdenden Zusammenschlusses der europäischen Völker willen (s. Präambel des AEUV) und das ist eine Herkulesaufgabe.

¹¹⁷ So *Herzog*, Europa entmachtet uns und unsere Vertreter, in: Die Welt, veröffentlicht am 17.02.2007, abrufbar unter <https://www.welt.de/dossiers/eu-macht/article720463/Europa> [letzter Zugriff: 09.05.2022].

¹¹⁸ Vgl. o. S. 9.

¹¹⁹ Vgl. *Schulte*, Konfliktfelder im Verhältnis zwischen mitgliedstaatlichem und europäischem Recht, in *Eichenhofer/Zuleeg* (Hrsg.), Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zum Arbeits- und Sozialrecht im Streit, Köln (1995) 11 ff.

Erlaubt man der Römischrechtlerin den Versuch, diesen Prozeß der stetigen, aber langsamen Rechtsvereinheitlichung auch mit historischen hermeneutischen Mitteln zu erfassen, drängt sich die Parallele zu den Aufgaben der Kanzlei der römischen Kaiser auf. Dort hatte man ab dem 1. Jh. n. Chr. vermehrt Fälle aus den diversen Provinzen des Imperiums von der iberischen bis zur arabischen Halbinsel, von Britannien bis zum heutigen Maghreb im Einklang mit dem römischen Recht zu entscheiden. Der Bürger, der mit der Entscheidung eines lokalen Gerichts nicht zufrieden war – *nota bene*: nach der römischen Verwaltungspraxis das anzuwendende Recht konnte, mußte aber nicht das römische sein; es durfte auch das eigene Recht der Provinzbevölkerung sein – wendete sich an die Kanzlei des Kaisers in Rom. Dort saßen Juristen aus allen Teilen des Kaiserreichs, die deswegen zwar römische Juristen waren, doch auch die lokalen Rechtstraditionen kannten bzw. in Erfahrung brachten. Mindestens bei den Prozessen, in denen von der kaiserlichen Kanzlei nur die Antwort einer Rechtsfrage erbeten wurde, war die definitive Sachentscheidung dem lokalen Richter überlassen, der das kaiserliche Gutachten dazu zugrunde legen mußte, vorausgesetzt natürlich, daß der Vortrag der anfragenden Partei den Tatsachen entsprach. Je nachdem, ob die juristische Lage oder der Sachverhalt es erlaubte, hat man das provinziale Recht, das römische Recht oder ein durch provinziale Rechtsvorstellungen modifiziertes römisches Recht gelten lassen. Somit entstand langsam ein einheitliches, auf gegenseitigen Einflüssen basierendes Recht, das sowohl auf legislatorischen Akten als auch auf dieser Praxis der Judikatur beruhte. Mir scheinen sich hier Ansätze einer strukturellen Vergleichbarkeit mit der Rolle des EuGH abzuzeichnen: die Union setzt einheitliches Recht, die Nationalstaaten setzen dieses Recht möglicherweise auch unterschiedlich um, der EuGH, dem Richter aus den diversen Mitgliedstaaten angehören und die – genau wie die Juristen des Kaisers römisches Recht und provinziale Rechte kannten – europäisches Recht und die Rechte der Mitgliedstaaten kennen, kontrolliert diese Umsetzungen und trägt dadurch wieder mit den Entscheidungen zur Vereinheitlichung bei, wobei die konkrete Sachentscheidung letztlich dem nationalen Richter obliegt. Das Ergebnis ist ein sich in stetiger Bewegung befindender Prozeß der Rechtsvereinheitlichung durch Wechselwirkungen.

Die Rechtsvereinheitlichung durch Wechselwirkungen hat in der römischen Antike für einen längeren Zeitraum ein stabiles rechtliches und politisches System garantiert. Das dürfte auch an der klar beantworteten Finalitätsfrage gelegen haben: bezweckt war die Zugehörigkeit aller Einwohner des Kaiserreichs zum römischen Staat und ihre Identifizierung mit der Idee Roms, was durch die *constitutio Antoniniana* aus dem Jahr 212 n. Chr., wodurch die römische

Staatangehörigkeit allen Reichseinwohnern verliehen wurde, auch formell-juristisch anerkannt wurde.

Die Finalitätsfrage ist für die EU dagegen bisher nicht mit der erforderlichen Klarheit gestellt, geschweige denn beantwortet worden. Man wird nicht polemisch wirken, wenn man behauptet, dies sei absichtlich nicht geschehen. Wie Dieter Grimm schon 2016 schrieb: „Wären die Folgewirkungen anstehender Entscheidungen im Licht der Zielfrage offen diskutiert worden, hätte der demokratische Prozeß in den Mitgliedstaaten womöglich zu ihrer Ablehnung geführt; die Integration wäre hinter dem inzwischen erreichten Stand zurückgeblieben“¹²⁰.

Ob es langsam an der Zeit ist, diese Finalitätsfrage der europäischen Öffentlichkeit zu stellen und sie von ihr beantworten zu lassen? Von den gerade angestellten Ausführungen ausgehend, könnte man dazu geneigt sein, die Frage zu bejahen. Das wäre aber ein anderes, weites Feld.

¹²⁰ *Grimm*, Europa ja – aber welches?, München² (2016) 252.