Europarechtliches Symposion 2022

Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 12. - 13. Mai 2022

Referat von

Prof. Dr. Susanne Baer LL.M.
Richterin des Bundesverfassungsgerichts

zum Thema

„Grundgesetz und Arbeitsrecht: Eckpunkte für schwierige Verhältnisse“

Grundgesetz und Arbeitsrecht: Eckpunkte für schwierige Verhältnisse

Susanne Baer[1]

Vortrag auf dem Europarechtssymposium des Bundesarbeitsgerichts 2022

Wir leben in europäisierten Verhältnissen. Unionsrecht und nationales Recht sind mittlerweile bekanntlich eng miteinander verzahnt; Rechtsetzung ist europäisierte Regulierung im nationalen Kontext. Das beruht auf der politischen Entscheidung für ein Zusammenwirken mit den Nachbarstaaten in der Europäischen Union und – insbesondere aufgrund der erforderlichen Einstimmigkeit von Entscheidungen auf dieser Ebene – auf der Zustimmung Deutschlands zu harmonisiertem Recht. Und wie auch immer einzelne Maßgaben in der Sache einzuschätzen sind: Historisch betrachtet kommt das nach wie vor einem Wunder gleich: Für den europäischen Zusammenhalt wurden Erbfeindschaften beendet, Vorurteile überwunden, Gemeinsamkeiten entdeckt. Das alles dient dem Frieden – und mit dem Überfall Russlands auf die Ukraine ist überdeutlich geworden, dass dieser immer wieder errungen werden muss. Dabei dient der europäische Zusammenschluss von Anfang an ganz wesentlich wirtschaftlichen Interessen[2] – und diese sind untrennbar mit der Erwerbsarbeit verknüpft. Heute ist in Europa die „soziale Dimension“ prominenter – und zielt darauf, mit Wirtschaft nicht nur Unternehmen und Arbeitgeber zu assoziieren, sondern auch Beschäftigte. Jedenfalls ist damit das Arbeitsrecht mehr als andere Rechtsgebiete europäisiert.

Arbeitsrecht unterliegt in Deutschland aber nicht nur der Anforderung, die unionsrechtlichen Vorgaben zu integrieren oder auszuformen. In allen Mitgliedstaaten der EU gilt das im Rahmen der nationalen Verfassung, hier also des Grundgesetzes. Die Bindung an Verfassungsrecht kann in einem funktionierenden Rechtsstaat so selbstverständlich wirken, dass in Vergessenheit gerät, wie schwer erkämpft und wie fragil dies ist. Das zeigen Entwicklungen nicht nur in Ungarn oder Polen, sondern in zahlreichen Staaten und auch in politischen Attacken auf Verfassungs- und Menschenrechtsgerichte andernorts. Ein funktionierender Schutz der Demokratie, des unabhängigen Rechtsschutzes und insbesondere der Grundrechte auch gegen gewählte Mehrheiten kommt ebenfalls einem Wunder gleich. Allerdings können in der EU die Herausforderungen europäischen Rechts durchaus verschatten, was das nationale Verfassungsrecht, hier also das Grundgesetz, bereits genauso, mit anderen Worten oder auch weitergehend gewährleistet. Zudem können sich nationale und europäische Vorgaben reiben – und es ist Aufgabe auch der Rechtsprechung, die Dinge dann zu glätten. Selten kollidieren Vorgaben sogar – und dann muss die Kollision gelöst

---

[1]Richterin des Bundesverfassungsgerichts im Ersten Senat; Professorin an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Text gibt den Vortrag wieder und nennt die wichtigsten Quellen, aber keinesfalls alle Beiträge, die hier weiterführen. Für hilfreiche Unterstützung danke ich Dr. Mandy Schneider und Dr. Melanie Buhk.

[2] Vertiefend Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011.

werden. Daher lohnt es sich, einen Blick auf die Verfassung auch und gerade in europäisierten Verhältnissen zu werfen.

Dabei stellen sich komplizierte Fragen. In den letzten Jahren sind Konflikte zwischen nationalem Recht und Unionsrecht aufgetreten, die gelöst werden mussten – und bei genauerer Betrachtung auch gut lösbar sind. Insbesondere der medial skandalisierte und voyeuristisch beäugte „Krieg der Richter“[3] ist hier von Bedeutung, sachlicher: die wechselbezügliche Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zu zentralen Fragen europäisierten Rechts. Zu klären ist in diesem Gespräch der Gerichte immer wieder, wie das Zusammenspiel zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht funktionieren soll, um einen verlässlichen – demokratischen, rechtsstaatlichen, grundrechtsschützenden – Rahmen auch für das Arbeitsrecht zu setzen. Und nicht vergessen: Das Gespräch der Gerichte ist der Einigung der Politik in aller Regel nachgelagert. Es muss glätten, was dort an Reibung entsteht. Die juristische Kollision jedoch, in der Unionsrecht sich nicht nur mit nationalen Gepflogenheiten reibt, sondern tatsächlich nationales Verfassungsrecht einer Europäisierung Grenzen setzt, sind selten – und auch sie sind lösbar. Das gilt jedenfalls, wenn das „Gespräch“[4] von allen Seiten mit Bedacht und im Bewusstsein der je speziellen Aufgaben geführt wird. Die Herausforderungen, die sich in verfassungsrechtlichen Konflikten um finanzpolitische Instrumente wie das „PSPP“ der Europäischen Zentralbank stellen, oder um Datenschutz im Internet beim „Recht auf Vergessen“, gehen auch das Arbeitsrecht etwas an.

Nun heißt es in der Literatur, die Arbeitsgerichte hätten ein „innigeres Verhältnis“ zum EuGH[5] als zum nationalen Verfassungsgericht. Mit dem Grundgesetz an der Fassade des BAG ist das Arbeitsrecht aber dem Grundgesetz doch zutiefst verbunden. Wenn das BVerfG seltener arbeitsrechtlich judiziert als der EuGH, ist das nur ein Zeichen dafür, dass das Grundgesetz auch bei den Arbeitsgerichten – und beim BAG – in allerbesten Händen ist. Das funktioniert nicht immer[6], aber meist. In Zukunft dürfte es zudem jenseits von Vorlagen durch die Gerichte häufiger naheliegen, Verfassungsfragen des Arbeitsrechts, die sich nicht im Wege der fachgerichtlichen Auslegung beantworten lassen, auch im Anwendungsbereich gänzlich europäisierten Rechts nach Karlsruhe zu tragen. Wesentlich sind für die Menschen hier weniger die Strukturfragen der Kompetenzordnung und eher die Grundrechtsfragen der Beteiligten: Denn mit dem Grundgesetz in der Hand betrachtet ist Arbeitsrecht ganz wesentlich Grundrechtsschutzrecht.

---

[3] So titelten Medien nach der Entscheidung des BVerfG zum PSPP-Programm (näher dazu unten). Mit dem Engagement der Richter während der Bestzung Norwegens im 2. Weltkrieg Krieg befasst sich Graver, Der Krieg der Richter, 2019.

[4] Zu den Besonderheiten ausführlicher Baer, FS Bryde 2013, S. 3 ff.

[5] Fischer/Fuhlrott, RdA 1/2022, S. 19 ff. Der EuGH sei „noch bedeutsamer“ als das BVerfG.

[6] BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 – = BVerfGE 137, 273 (Chefarzt).

Entscheidend ist dann im Ausgangspunkt: Es gibt keinen Widerspruch zwischen dem deutschen Grundgesetz und der Europäisierung, sondern ein verfassungsrechtliches „Ja“ zu Europa, und spätestens seit den Entscheidungen 2019 zum Recht auf Vergessen einen „kooperativen Grundrechtsschutz“[7]. Das funktioniert eben ganz praktisch im Gespräch - und das kann fordernd sein, muss aber vor allem auf Augenhöhe, erklärend und damit konstruktiv geführt werden. Die folgenden Überlegungen widmen sich dazu zwei Aspekten: Wie lassen sich erstens die schwierigen Verhältnisse beschreiben, die uns alle vor große Herausforderungen stellen – für das Arbeitsrecht, in Europa, als Gerichte. Und welche Eckpunkte setzen da zweitens die Grund- und Menschenrechte in einem europäischen Mitgliedstaat, als rote Linien, als Prinzipien insbesondere der Verhältnismäßigkeit, und als Spielräume für die beteiligten Akteure und für die Politik. Zu zeigen ist, dass die Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte nicht zur Superrevision verleiten darf, mit Detailvorgaben für das Fachrecht, sie also nicht jede Entscheidung in der Sache vor Ort präjudizieren. Gewollt ist insofern weder eine komplette Konstitutionalisierung (also die vollständige Determination des Fachrechts durch die Verfassung) noch eine „Chartarisierung“ (als die vollständige Durchdringung des Arbeitsrechts durch die Charta der Grundrechte der EU)[8]. Vielmehr ist das Ziel, eben kooperativ zu sichern, dass Menschen in der Erwerbsarbeit tatsächlich Grundrechtsschutz genießen – so schlicht, so ergreifend.

Mit diesen Klärungen ist folglich auch der Versuch verbunden, mancher Erwartung und Kritik entgegenzutreten, die irrt, weil und wenn die Aufgabe verkannt wird, die ein Verfassungsgericht oder der EuGH, soweit er funktional verfassungsrechtlich entscheidet, insofern haben. Eigentlich müsste doch klar sein, dass zum Beispiel das BverfG nicht im Detail vorgeben sollte, wie welche Arbeitskampfkonstellation zu bewältigen ist, weil das in den Instanzen vor Ort viel besser aufgehoben ist. Klar müsste zudem sein, dass Rechtsvereinheitlichung und Rechtssicherheit im Fachrecht über die obersten Gerichte hergestellt werden, also national durch das BAG und europäisch den EuGH, und dass Verfassungsrecht dahinterliegend die Eckpunkte setzt - rote Linien, Prinzipien und Spielräume. Nur das, aber auch unverzichtbar genau das ist dann die Aufgabe. Enttäuschung, weil noch Dinge offen bleiben, ist daher fehl am Platz.

Ich werde also zunächst auf einige Herausforderungen eingehen, vor denen wir im Arbeitsrecht tatsächlich stehen, um dann in Erinnerung zu rufen, welche Eckpunkte juristisch gelten. Das ist auch ein kursorischer Blick auf die aktuellen Maßgaben für das Arbeitsrecht, die auch für den künftigen Umgang mit Vorlagen zum EuGH neue Möglichkeiten eröffnen.

Schwierige Verhältnisse - große Herausforderungen

---

[7] Britz, NJW 2021, S. 1489 ff. Zur Kooperation auch bereits Ludwigs, EuGRZ 2014, S. 273 ff.

[8] Zur Normenhierarchie im Arbeitsrecht u.a. Waas, Arbeitspapier für die Eur. Kommission, 2018 (online). Zur Asymmetrie solcher Entwicklungen Bryde, AuR 12/2019.

Warum genau steht das Arbeitsrecht also heute vor Herausforderungen? Worin bestehen die „schwierigen Verhältnisse“?

Eine Antwort könnte lauten: *weil der Gesetzgeber nichts tut*. Das erinnert an das berühmte Wort von Gamillscheg: „Richterrecht ist unser Schicksal“[9]. Nüchtern hat die damalige Präsidentin des BAG Ingrid Schmidt eine „defizitäre Rechtsquellenlage“ konstatiert. Allerdings gibt es reichlich Unionsrecht und europäisiertes nationales Recht für die Erwerbsarbeit.[10] So hat der Nachwuchs der Arbeitsrechtswissenschaft in Hamburg 2017 konstatiert, da sei ein „erwachter Gesetzgeber“ unterwegs.

Auch in Karlsruhe ist das Arbeitsrecht kein ruhiges und kleines, sondern ein großes und kontroverses Arbeitsfeld. Die im gesamten Rechtsgebiet meisten Verfassungsbeschwerden werden gegen arbeitsgerichtliche Entscheidungen erhoben, die für die Menschen dramatische Folgen haben – gescheiterter Kündigungsschutz, geringe Betriebsrenten, oder, aufgrund der Belastung für die Betriebe und Unternehmen, Arbeitskämpfe oder Beiträge zu Sozialkassen. Daneben stehen die Verfahren, in denen sich insbesondere Arbeitgeber gegen Gesetze wenden - Mindestlohn, Befristung, Leiharbeit, Arbeitsschutz. Zwar gibt es in Deutschland trotz des Versprechens im Einigungsvertrag weiterhin kein Arbeitsgesetzbuch. Und es gibt kein gesetzliches Arbeitskampfrecht – da ist wohl zu heikel, „geronnenes Verfassungsrecht“[11] zu kodifizieren, das sich offensichtlich mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit vor Ort im Kontext bewältigen lässt. Aber dennoch gibt es eben nicht wenig Arbeitsrecht. Manchen geht da ja auch manches durchaus zu weit. In den demokratisch gewaltenverteilten Grenzen haben Gerichte jedenfalls viel zu tun.[12] Sie folgen der politischen Gestaltungsentscheidung des Gesetzgebers – und Gerichte dürfen sich nicht gegen den Gesetzgeber stellen, was die Entscheidung zum Befristungsrecht nochmals klarstellen musste[13]. Die Gerichte arbeiten aber intensiv mit der Verhältnismäßigkeit; auf deren letzter Stufe tarieren sie die Zumutbarkeit aus,

---

[9] AcP 164 (1964), S. 445; mehr bei Linsenmaier, RdA 2019, S. 157 ff.

[10] Der Begriff verdeutlicht, dass private Sorgearbeit als Hausarbeit nicht nur unbezahlt ist, sondern vom „Arbeitsrecht“ ausgeblendet wurde, mit dem Effekt einer paradigmatischen Fokussierung auf den Arbeitnehmer als allein das Brot verdienendem Mann, woraus sich wiederum zahlreiche Friktionen und geschlechtsbezogene Benachteiligung ergeben, wo die tatsächlichen Verhältnisse zum Stereotyp nicht passen.

[11] U.a. Stoffels, ZFA 2022, S. 201 ff.

[12] Zu tun haben die Gerichte auch mit sich wiederholenden Eingaben, die im Ausnahmefall nicht nochmals beschieden werden müssen. Klarstellend dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 21.11.2018 - 1 BvR 1653/18 u.a. -.

[13] BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6.06.2018 - 1 BvL 7/14 - = BVerfGE 149, 126. Es folgte im „Gespräch“ die verfassungskonforme Auslegung durch Reduktion der Reichweite von § 14 Abs. 2 TzBfG durch das BAG 2019. Überfordernd dazu die Erwartung von Lembke/Tegel, NZA 2019, S. 1029 ff.; zutreffend an Gewaltenverteilung orientiert Greiner/Senk, RdA 2019, S. 236 ff.; s.a. Gravenhorst, NZA-RR 2018, S. 103 ff..

auch in praktischer Konkordanz aller betroffenen Interessen im konkreten Konflikt. Sie sorgen für Gleichgewicht.[14]

Schwierige Verhältnisse und große Herausforderungen gibt es aber nicht nur, weil die Gerichte eine Menge zu tun haben. Manche meinen, dass es Probleme gebe, weil der (Unions-) Gesetzgeber zu viel tut. So gibt es immer noch ab und an allergische Reaktionen auf Unionsrecht – die genau genommen aber nicht EU-getriggert sind, sondern partikular-inhaltlich motiviert. Namentlich gehört hierher die Gleichstellungsrechtsphobie. So wurde die Gleichstellung von Frauen im Versicherungsrecht massiv bekämpft – etwas paradox auch von denen, die sonst gern die traditionelle Familie privilegieren wollen, aber Kosten dann doch bei den Frauen lassen würden. Die Phobie schlug zudem besonders hohe Wellen, als – immerhin in Reaktion auf die Brandanschläge auf Flüchtlingsunterkünfte in Deutschland – europäische Richtlinien deutliche Zeichen gegen Diskriminierung setzen wollten. Erschreckend war und ist da auch der Widerstand gegen Gebote der Barrierefreiheit, um Kosten abzuwehren, die allen das Leben leichter machen würden. Am Ende war das AGG dann der „eingebildete“ Kranke, denn zu Klagewellen und Überbürokratisierung kam es nicht. Vielmehr gibt es nach wie vor Durchsetzungsdefizite. Und bestenfalls führt Gleichstellungsrecht zu mehr Aufmerksamkeit für das Thema vor Ort, also: Respekt, Toleranz, Wertschätzung von Unterschieden – und das ist in Zeiten der verzweifelten Suche nach Beschäftigten, die dann auch im Betrieb bleiben, als Diversity-Strategie gefragt. Die Frage des Lebensalters spielt hier allerdings gerade in Deutschland, das mehr als andere nach Geburtsdaten sortiert, eine weiter kontroverse Rolle. Weniger sicher bin ich, ob der Urlaub wirklich grundsätzliche Fragen aufwirft[15]. Ansonsten ist im Arbeitsrecht wohl eher europäisierte Routine eingekehrt. Der Gesetzgeber setzt um, und die Gerichte fragen notfalls den EuGH, wie eine Richtlinie zu verstehen ist. Arbeitsrecht ist europäisch.

Schwierige Verhältnisse und Herausforderungen liegen im Arbeitsrecht zudem auf einer anderen Ebene nahe. Sie hängen damit zusammen, dass das Feld so polarisiert ist. Tatsächlich ist Vieles, so konstatiert ein Beitrag in der Festschrift für Ingrid Schmidt, „schlagseitig“. Klassisch ist die Polarität Beschäftigte/Arbeitgeber; dazu kommt eine lange klare Positionierung pro oder contra EU. Zudem gibt es viel Auftragswissenschaft, wenn Gutachten als Forschung publiziert werden und Aufsätze für die Mandantschaft nicht nur geschrieben, sondern als Sonderdruck gleich an die zuständigen Richterinnen übersandt werden. Heute sind die Haltungen differenzierter; es gibt viele kluge Beiträge. Damit haben BAG und BVerfG das Glück, in einem aufmerksamen Resonanzraum arbeiten zu können. Jede Entscheidung wird sogleich kritisch rezipiert – und das ist gerade für die Justiz mit der professionellen Neigung zum letzten zutreffenden Wort extrem

---

[14] Ausführlicher Baer, FS Schmidt 2021, S. 1045 ff.

[15] So aber Gundel, Editorial, ZESAR 02.2022, S. 1. Urlaub ist ausdrücklich in Art. 31 GRC geschützt; grundgesetzlich dürften mehrere Grundrechte Anwendung finden. Zum Unionsrecht auch Mehrens/Witschen, EuZA 2019, S. 326 ff.

wichtig. Für den EuGH gibt es einen solchen Raum nicht. Es dürfte angesichts der Vielzahl der Arbeitsrechtsordnungen, Wissenschaftspraxen und Sprachen im Mehrebenensystem auch schwierig sein, einen solchen Raum zu entwickeln. Deshalb ist bei Vorlagen an den EuGH und auch in dessen Entscheidungen umso mehr Aufbereitung der sozialen und rechtlichen Materie, mehr Auseinandersetzung auch mit Einwänden und insgesamt mehr Erklärung im Gespräch erforderlich.

Worum es eigentlich geht

Letztlich haben wir es im Arbeitsrecht mit schwierigen Verhältnissen und großen Herausforderungen allerdings nur aus einem Grund zu tun: Weil es wirklich um etwas geht. Das Recht der Erwerbsarbeit setzt für die meisten Menschen den Rahmen, um ihre Existenz sichern zu können. Und in diesem Rahmen geht es um nicht nur um die Existenz, sondern auch um Anerkennung durch Wertschätzung, um Teilhabe und oft um Integration. Zwar beschert die wirtschaftliche Lage in Deutschland den Arbeitsgerichten derzeit niedrige Eingangszahlen.[16] Es gibt jedenfalls weniger Konflikte, die zu den staatlichen Gerichten getragen werden. Die demografischen, sozialen und technologischen Veränderungen, die Arbeitskräfte ebenso rar wie begehrt werden lassen, weichen derzeit alte Härten auf.

Doch das gilt weder für alle noch wird es so bleiben. Teils verlieren Menschen jede Chance auf Erwerbsarbeit und kommen arbeitsrechtlich nicht mehr vor, weil sie dem Sozialrecht überantwortet werden. Andere werden aber weiter dafür kämpfen müssen, über Erwerbsarbeit ihre Existenz zu sichern. Arbeitsrechtliche Konflikte werden sich auch aus anderen Gründen mehren und die Verhältnisse komplizierter werden. Ich will nur vier nennen: Krieg, Corona und das Klima, und der Rechtsstaat unter Druck.

Der Krieg in der Ukraine: Das ist ein brutaler Bruch des Völkerrechts. Und das wirkt sich in globalisierten Wirtschaftsverhältnissen weltweitweltweit aus. Eine aktuelle Prognose im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung[17] warnt vor gravierenden Wirtschaftseinbußen. Es komme zu Insolvenzen und zur Verlagerung von Produktion, was hohe Erwerbslosigkeit zur Folge habe. Dazu kämen die Unsicherheit und vertiefte sowie neue Ungleichheiten. All das wird auch das Arbeitsrecht bewältigen müssen.

Corona: Die Pandemie ist nicht vorbei. Sie führt bei erschreckend vielen Menschen zum Tod, zu schwerer Krankheit, zu langfristigen Folgen. Daneben stehen die derzeit noch diffus wirkenden sozialen Folgen, einschließlich des Misstrauens in der Begegnung, der Einsamkeit, neuer Phobien, politischer

---

[16] Zum BAG finden sich die Zahlen im Jahresbericht 2021: Rückgang der Eingänge und der Erledigungen um ca. 30%, viele Fälle beim EuGH. Die sinkenenden Eingangszahlen belegen auch Angaben des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 10 Reihe 2.8, Arbeitsgerichte 2021, vom am 9. 08.2022, S. 12 ff. (www.detstatis.de).

[17] Behringer u.a., Ukraine-Krieg erschwert Erholung nach Pandemie, IMK Report, Düsseldorf (online unter www.boeckler.de).

Radikalisierung oder Abschottung in Filterblasen. Auch das hat für die Erwerbsarbeit folgen. Ist künftig alles *flexi* im *HomeOffice*? Oder arbeiten die Menschen dann prekär als *crowd* in der *cloud*? Auch hier gibt es Unsicherheit und alte-neue Ungleichheiten[18], die das Arbeitsrecht bewältigen muss.

Klima: Die Temperaturen steigen nicht nur im Sommer. Wir leben mitten in einer Klimakatastrophe, denn das derzeitige Verhalten führt nahezu zwangsläufig zur Zerstörung der Lebensgrundlagen für sehr viele Menschen, mit Folgen für diejenigen, die nicht bereits unmittelbar betroffen sind.[19] Und auch das wird sich auf die Arbeitswelt auswirken, z.B. bei Arbeitsschutz und Arbeitszeiten. Die Kosten der Klimakatastrophe wie auch des Klimaschutzes wollen verteilt werden, auch durch Recht.

Und dann: der Rechtsstaat. Er ist so ganz selbstverständlich, im Alltag nur mäßig beliebt, und steht tatsächlich weltweit unter Druck. Das zeigen Entwicklungen im Völkerrecht, vom eklatanten Bruch durch Russland über die Manipulation und Teilaustritte – z.B. aus der Istanbul-Konvention gegen Gewalt gegen Frauen – im Europarat, bis zur manipulativen Zerstörung des Rechtsstaats mitten in der EU, zuerst in Ungarn[20], dann in Polen[21], und nicht nur dort. Ein umgebautes „Verfassungsgericht“ ist dann keines mehr und die „Unabhängigkeit der Justiz“ nur Deckmantel für legalistische Autokraten. Und auch das hat Folgen für die Arbeitswelt: wo der Rechtsstaat erodiert oder fehlt, verschwindet auch soziale Existenz, grassiert Unsicherheit, verstärken sich Ungleichheiten.

Manipulation, Zweifel, Deutungskämpfe

Diese Entwicklungen stehen nicht unverbunden nebeneinander. Krieg, Corona, Klima, Rechtsstaatskrise – all das geschieht in Zeiten der Manipulation und des gezielt gestreuten und verstärkten Zweifels. Ein Krieg ist dann nur „Verteidigung“ oder eine „Rettungsaktion zur Befreiung unterdrückter Minderheiten“, Corona ist „erfunden“ oder „nur eine Erkältung“ und Freiheit nur „meine eigene“, das Klima ist „schon immer wechselnd“ und der Rechtsstaat nicht etwa *conditio sine qua non*, sondern in vielen Spielarten „gestaltbar“, weshalb auch autokratische Staaten in der EU bleiben wollen, mit viel Geld, aber ohne die institutionell gesicherten Werte. Wir haben es hier nicht nur mit tatsächlichen Veränderungen zu tun. Hier

---

[18] Mehr dazu bei Kocher, Hensel, NZA 33 (2016), S. 984 ff.; Kocher in: Hensel u.a. (HRsg.), Selbstständige Unselbstständigkeit, 2019, S. 173 ff. S.a. Kohlrausch,Schildmann,Voss *(Hrsg.):* Neue Arbeit–neue Ungleichheiten, 2019.

[19] Zu Hintergrund, Folgen und Risiken des Klimawandels aus verfassungsrechtlicher Sicht BVerfGE 157, 30 <Rn. 16 ff > (Klimaschutz).

[20] Scheppele/Kelemen/Morijn, The EU Commissionhas to Cut Funding to Hungary: The Legal Case (online unter: www.greens-efa.eu/de/artikel/document/the-eu-commission-has-to-cut-funding-to-hungary-the-legal-case).

[21] Dazu die Venice Commission Opinion No. 977 / 2020 vom 16. 01.2020; EuGH (Plenum) vom 16.02.2022 - C-157/21 - (Republik Polen/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union); ferner Baer, FS Wyrzykowski 2021, S. 35 ff.; Franzius, DÖV 2018, S. 381 ff.; Huber, Der Staat 2017, S. 389 ff.

toben Deutungskämpfe unter Bedingungen der schwer entzifferbaren Manipulation von Fakten und Normen.[22]

Auch der Gesetzgeber und die Arbeitsgerichte werden mit tatsächlich oft dramatischen, da sozial harten Veränderungen konfrontiert sein. Und sie müssen die Deutungskämpfe gewinnen und der Manipulation der Fakten und der Normen entgegentreten. Das ist für Gerichte fordernd, im Einzelfall und bei der Klärung der Eckpunkte nicht zuletzt im europäischen Gespräch. Denn klar ist auch: Lösungen für diese Probleme braucht es natürlich vor Ort und im eigenen Land, aber zwingend auch darüber hinaus. Krieg, Corona, Klima, Rechtsstaat – das sind entgrenzte Probleme und wir benötigen dafür postnationale Lösungen. Dazu dienen die politisch und normativ miteinander verflochtenen Rechtsordnungen der Welt der Vereinten Nationen, mit der ILO, und Europas, mit dem Europarat und der EU. Europa ist also auch deshalb nicht das Problem, sondern Teil der Lösung. Und juristisch gilt, nochmals: Es besteht kein Widerspruch zwischen nationalem Verfassungsrecht und Europäisierung, sondern das geht zwingend Hand in Hand, weil wir miteinander verbandelt sind. Aus der Sicht des Grundgesetzes ist das seit langem klar: Die Präambel betont seit 1948 die Einbettung Deutschlands in Europa. Art. 1 Abs. 2 GG verdeutlicht die Bindung an die Menschenrechte, Art. 25 GG die Bindung an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts. Die meisten Grundrechte gelten ausdrücklich für „alle“, geschützt ist „jeder“, auch „politisch Verfolgte“. Nach ständiger Rechtsprechung wird die nationale Verfassung im Lichte ratifizierten Völkerrechts ausgelegt. Das gilt für die EMRK, aber auch die Europäische Sozialcharta, auch wenn die revidierte Fassung mit vielen Vorbehalten versehen wurde. Im Unionsrecht sind wir ohnehin als Rechtsgemeinschaft verbunden. Verfassungsrechtlich geht es Hallstein, dem Architekten dieser Gemeinschaft, sehr gut. Das gilt aus europäischer Perspektive ebenso wie aus dem nationalen Blickwinkel. Die Verträge betonen in der EU gemeinsame Werte (Art. 2 EUV), den Reichtum ihrer Vielfalt (Art. 3 Abs. 3 EUV), die gemeinsame Grundrechtecharta, die von allen ratifizierte EMRK und nicht zuletzt die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 3 EUV), an die umgekehrt auch die Grundrechtecharta gebunden ist (Art. 52 Abs. 3 und 4 GRCh).

Für jedes Problem setzt geltendes Recht also mehrschichtig Eckpunkte, um gemeinsam Lösungen zu finden. Es zieht rote Linien, betont und bindet an Prinzipien, eröffnet und begrenzt Spielräume. Das sind Spielräume vor allem für kluge Politik, die den Frieden sichert, vor der Pandemie schützt, die Klimakatastrophe abwendet und den Rechtsstaat so ausgestaltet, dass er seinen Namen verdient. Diese Differenzierung ist wichtig, denn Gerichten – dem Bundesverfassungsgericht, den Bundesgerichten, auch dem Gerichtshof der Union – wird allzu schnell vorgeworfen, sie machten selbst Politik.[23] Die

[22] Dazu u.a. Nocun/Lamberty, Fake Facts Wie Verschwörungstheorien unser Denken bestimmen, 2020.

[23] In englischsprachigen Diskussionen wird das Problem als „judicial review“ und „judicial activism“ diskutiert. In Deutschland variieren die Vorwürfe. Entscheidungen zum Infektionsschutzrecht wurde als

Versuchung mag es geben, aber Gerichte sind weder legitimiert noch gut beraten, wenn sie politisch handeln. Sie müssen der Politik die roten Linien zeigen, die Verfassung und Unionsrecht ziehen, sie müssen die Prinzipien verdeutlichen, an die politische Entscheidungen gebunden sind, und sie müssen die Spielräume aufzeigen, in denen Politik handeln kann und muss. Aber sie dürfen diese selbst nicht füllen. Anders gesagt: Recht – Fachrecht, Verfassungsrecht, Unionsrecht – ist nur ein Teil der Lösung. Verfassungs- und Unionsrecht und erst recht das Völkerrecht setzen den Rahmen für demokratische Politik und die Akteure vor Ort, die dann – im Arbeitsrecht – konkret ausgestalten, was wie funktionieren soll.

In der Arbeitswelt hat das Recht damit eine wichtige, aber auch eine begrenzte Aufgabe: Weder Karlsruhe noch Straßburg – und auch nicht Luxemburg – sind für Antworten auf alle Fragen für alle Fälle allerorten da. Ihre Aufgabe ist beschränkt. Sie sichern nur Eckpunkte: Sie ziehen rote Linien – zum Grundrechtsschutz, zum Rechtsstaat, auch zu den Kompetenzen, damit niemand „ultra vires“ handelt (weder ein Gesetzgebungsorgan noch ein Gericht in allzu eigenständiger Auslegung von Gesetzesrecht oder allzu laxer Handhabung der eigenen Maßstäbe[24]); sie sichern Prinzipien insbesondere der Verhältnismäßigkeit, und sie klären die Spielräume für demokratische Politik und auch für die Akteure nicht zuletzt im Arbeitsleben. Worum geht es dann nun in der Sache, materiell?

Eckpunkte für die Erwerbsarbeit

Verfassungsrecht – und entsprechendes Unionsrecht – setzen unmittelbar Grenzen für hoheitliches Handeln und sie binden teils unmittelbar und jedenfalls mittelbar auch Private, in „spezifischen Konstellationen“[25] und indem die Fachgerichte die Ausstrahlungswirkung der Verfassung durchgängig zu beachten haben. Im Arbeitsrecht assoziieren viele hier Art. 9 Abs. 3 GG, die Tarifautonomie. Tatsächlich betrifft das aber meist nicht nur ein Grund- oder Menschenrecht. sondern mehrere, denn Konflikte sind in aller Regel mehrpolig und mehrdimensional.

Etwas konkreter: Für das Erwerbsleben eröffnet Verfassungsrecht – national und europäisch – Spielräume: Das beginnt mit der_Freiheit für Verträge (Art. 2

---

feige kritisiert, zum Klima als zu mutig, usw. usf. Zu den Gefahren dieser Debatten Baer. Democracy in Peril, Transnational Legal Theory 2019.

[24] Zum Befristungsrecht BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6.06.2018 - 1 BvL 7/14 - = BVerfGE 149, 126 <140 Rn. 34 ff>; zum EuGH in der – als nicht zureichend beanstandeten Kontrolle der EZB BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 5.05.2020 - 2 BvR 859/15 - = BVerfGE 154, 17 <90 Rn. 110 ff.> (PSPP). Die Vollstreckungsanträge waren erfolglos, da die EZB ihre Entscheidungen nachträglich weiter begründet hatte; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29.04.2021 - 2 BvR 1651/15 - = BVerfGE 158, 89. Vorausgegangen war eine Vorlage an den EuGH - BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 18.07.2017 – 2 BvR 859/15 - = BVerfGE 146, 216.

[25] Mittelbare Drittwirkung entfaltet Art. 3 Abs. 1 GG etwa dann, wenn Einzelne qua Hausrecht von Veranstaltungen ausgeschlossen werden, die einem großen Publikum allgemein geöffnet werden und der Ausschluss in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Die Veranstalter dürfen hier ihre Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen. So zum Stadionverbot BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. 04.2018 - 1 BvR 3080/09 - = BVerfGE 148, 267 (Stadionverbot).

Abs. 1 oder 12 Abs. 1 GG) – natürlich für alle Beteiligten, also Arbeitgeber ebenso wie Beschäftigte in jedwedem Arbeitsverhältnis.[26] Das betrifft die Ausbildungs- und Berufswahl (Art. 12 GG), den Umgang mit dem Eigentum an Betriebsmitteln oder auch dem Privateigentum vor Ort (Art. 14 GG). Es umfasst die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) – und dazu gehört auch Betrieb ein eventuell scharfer Ton („Ausbeuter“ und „ausgepresste Zitrone“ sind keine Schmähkritik und damit per se ungeschützt, sondern müssen im Kontext – qua Abwägung – bewertet werden[27]). Und schließlich eröffnet Art. 9 Abs. 3 GG Spielräume für das Tarifvertragswesen, eventuell, aber nicht zwingend staatlich verallgemeinert[28], aber sonst natürlich zugunsten der eigenen Leute, also der Mitglieder (weshalb Differenzierungsklauseln zulässig sind[29]), notfalls auch mit Arbeitskampf auch in neuen Formen (dem Flashmob[30] oder der Aktion auf dem Firmenparkplatz[31]).

Die Spielräume geben Freiheit, selbst zu gestalten – aber es sind eben begrenzte Räume, nicht unbegrenzte Autonomie[32]. Daher zieht Verfassungsrecht hier rote Linien. Sie ergeben sich aus der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und in Verbindung mit Art 2 Abs. 1 GG dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch im Betrieb ebenso wie aus dem Verbot jeder Diskriminierung (Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) auch „uff Arbeet“, also: kein Rassismus (das BVerfG hat die lange Linie der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bestätigt[33]), wirksame Gleichstellung auch als durchsetzbare Lohngleichheit – da kennen sich die Arbeitsgerichte aus.[34] Dazu kommt die rote Linie der Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) natürlich auch für den Juden mit Kippa, für die Muslima mit dem Kopftuch – die nur eigeschränkt werden darf, wenn die mehrpoligen und mehrschichtigen Probleme überhaupt nicht anders gelöst werden können, und eine Lösung nicht einseitig – und damit unzumutbar –

---

[26] BVerfGE 149, 126 < 141 Rn. 38>.

[27] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2.11.2020 - 1 BvR 2727/19 -.

[28] BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10.01.2020 - 1 BvR 4/17, 1459/17, 1104/17, 593/17 (kein Anspruch auf AVE).

[29] BVerfG Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16 – (Tarifvertragliche Differenzierungsklausel); dazu u.a. Creutzfeldt, AuR 2019, S. 354 ff.

[30] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 26.03.2014 - 1 BvR 3185/09 -.

[31] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 9.07.2020 - 1 BvR 719/19 -.

[32] Der Unterschied zwischen uneingeschränkter Autonomie und sozial eingebetteter und damit zwingend begrenzter Freiheit durchzieht die Grundrechtsbindung als rote Linie. Philosophisch wird sie oft an den kategorischen Imperativ von Immanuel Kant gebunden, rechtlich ist sie in der Trias der Grundrechte – Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit – verankert, und wird über die Schranken der Freiheit und Gleichbehandlungsgebote ausdifferenziert. So evident es sein müsste, dass Freiheit nur so weit reichen kann, wie andere nicht zu Schaden kommen, so prominent wurde in der Corona-Pandemie gefordert, die eigene Freiheit uneingeschränkt leben zu können. Verfassungsrechtlich sind hier Freiheitsrechte und Schutzrechte sowie Diskriminierungsverbote miteinander in Einklang zu bringen. Dazu BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19.11.2021 - 1 BvR 781/21 -(Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen) sowie Beschluss des Ersten Senats vom 16. 12.2021- 1 BvR 1541/20 - (Triage).

[33] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2. 11.2020 - 1 BvR 2727/19 -.

[34] Eine Verfassungsbeschwerde insbesondere zu den Darlegungs- und Beweisfragen war nicht zur Entscheidung anzunehmen, da notwendiger Vortrag zu Art. 3 GG verfristet war, aber die Durchsetzbarkeit des Lohnanspruchs damit nicht blockiert; vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 1.06.2022 - 1 BvR 75/20 -. Klärend dazu zwischenzeitlich auch BAG, Urteil vom 21. 01.2021 - 8 AZR 488/19 -.

auf Kosten der religiösen Minderheit geht.[35] Schließlich gilt auch im Erwerbsleben Art. 14 Abs. 1 GG mit der Eigentumsfreiheit, und damit gilt Vertrauensschutz nicht etwa für eine unklare Zukunft, aber für das einmal Erlangte wie Anwartschaften aus der Alterssicherung.[36]

Was hier geht und was nicht, steuern schließlich auch Prinzipien – insbesondere die Verhältnismäßigkeit zwecks Angemessenheit auch durch „praktische Konkordanz", also den Ausgleich zwischen Grundrechtspositionen, ohne dabei die eine zugunsten einer anderen ganz aufzugeben. Im Arbeitsrecht bedeutet das: Arbeitskampf muss möglich sein, notfalls eben auch auf dem Firmenparkplatz – Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 4 Abs. 1 GG sind in Ausgleich zu bringen. Leiharbeit ist möglich, aber nicht, um den Arbeitskampf zu unterlaufen – Art. 9 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 GG sind in Ausgleich zu bringen.[37] Arbeitskampf ist zulässig, aber muss eben auch verhältnismäßig sein – gegebenenfalls als Flashmob, aber auch unter Berücksichtigung des Gemeinwohls, also zur Sicherung der Infrastruktur beispielsweise durch Notdienste. Arbeitsschutz muss sein – also sind die vertragliche Gestaltungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), das Eigentum (Art. 14 GG), der Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 GG), künftig wohl auch der Umweltschutz (Art. 20a GG) gleichzeitig zu berücksichtigen. Und Tarifpolitik muss sein, aber einen Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit gibt es ebenso wenig[38] wie einen Anspruch jedweder Vereinigung, als Tarifpartei anerkannt zu werden.[39]

Materiell ist damit ja eigentlich nicht alles klar – hier hat der Gesetzgeber zu tun -, aber doch all das geklärt, was Menschen vor Gerichten für klärungsbedürftig hielten. In einem Rechtsstaat mit verteilten Aufgaben kommt es nun entscheidend darauf an, ob wir uns da einig sind.

Sind wir uns einig?

Mit Fragen des Arbeitslebens sind juristisch die Arbeitsgerichte und Verfassungsgerichte und der EGMR und der EuGH befasst. Sind sie sich einig? Setzen wir dieselben Eckpunkte, ziehen dieselben roten Linien und akzeptieren dieselben Spielräume für Politik und Akteure vor Ort? In hierarchischen Systemen

---

[35] Zum Konflikt in der Schule BVerfGE 138, 296 (Kopftuch II); zur Ausnahmesituation im Referendariat BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. 01.2020 - 2 BvR 1333/17 -.

[36] Grundsätzlich zur Bindung und zur Darlegung einer Grundrechtsverletzung BVerfGE 131, 66 (VBL und komplexe Rentenberechnung). Zu Anwartschaften insoweit auch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 17. 12.2012 - 1 BvR 488/10 -; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 15.05.2014 - 1 BvR 2681/11 – (Stichtage); Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 26. 04.2015 – 1 BvR 1420/13; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. 05.2018 - 1 BvR 1884/17 – (Rechtsschutz). Zur Pflicht, Mutterschutzzeiten zu berücksichtigen: BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 28.04.2011 - 1 BvR 1409/10 -; Zum Gleichbehandlungsanspruch eingetragener Lebenspartnerschaften BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 11. 12.2019 - 1 BvR 3087/14.

[37] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 19.06.2020 – 1 BvR 842/17 –, Rn. 20 (Leiharbeit).

[38] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 10.01.2020 - 1 BvR 4/17 -, Rn. 11 ff.

[39] BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 13.09.2019 - 1 BvR 1/16 und vom 31.05.2022- 1 BvR 2387/21 -, Rn. 8 ff.

wird Dissens durch schlichte Autorität beseitigt –qua Berufung oder Revision oder fachrechtlicher Vorlage durch die Entscheidung des für die jeweilige Frage höchsten Gerichts. In kooperativen Verbünden – wie verfassungsrechtlich der EU – muss dagegen gesprächsweise geklärt werden, was gilt.

Die roten Linien, Prinzipien und Spielräume habe ich bislang im Grundgesetz verankert – das ist (Geburtsjahr 1948!) die „grande dame“ des Verfassungsrechts, auch weil sie paradigmatisch für den Konsens nach 1945 steht: Kurz, klar und ergreifend setzt sie auf Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit – die fundamentale Trias, heute der weltweite Ausgangspunkt für Grundrechtsschutz. Dazu kommt die EMRK (aus den 1950er Jahren): Sie ist natürlich als Konsens vieler Staaten etwas dünner, aber insbesondere mit den Zusatzprotokollen genauso unterwegs. Darüber hinaus finden sich dieselben Garantien, teils aber gut ausbuchstabiert, in den Pakten der Vereinten Nationen – gegen Rassismus (CERD), gegen Sexismus (CEDAW), gegen die Behinderung behinderter Menschen (BRK), für Kinderrechte (KRK). Es sind teils schlafende Schönheiten, die arbeitsrechtlich noch wachgeküsst werden wollen.[40] Und dazu kommt das Unionsrecht: im EUV Art. 2 Abs. 2 mit den Grundsätzen von Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Gerechtigkeit, Solidarität und Gleichheit im Geschlechterverhältnis. Von Anfang an bedeutete das insbesondere, in Art. 119 EWG und jetzt Art. 157 AEUV, ernsthaft Lohngleichheit zu verwirklichen, ohne Diskriminierung. Und die Grundrechtecharta von 2000 bzw. 2007 als „ Jüngste im Verbunde!“ ist eine wahre Schatztruhe, denn sie garantiert ausdrücklich keine Zwangsarbeit (Art. 5), auch betrieblichen Datenschutz (Art. 8), den Zugang zu Aus- und Weiterbildung (Art. 14) und zum Beruf (Art. 15), Eigentumsrecht (Art. 17). Es gibt ganze Titel zu Gleichheit und Integration und zur Solidarität.

Das ist schlicht großartig. Nicht zuletzt angesichts der heutigen Krisen sollte wieder niemand übersehen, wie wenig selbstverständlich das ist: ein so breiter, so grundsätzlicher, rechtlich verbindlicher und institutionell durchsetzbar gesicherter Konsens. Erst jüngst hat sich Großbritannien eine wenn auch knappe Mehrheit dafür entschieden, sich so nicht zu binden; in anderen Mitgliedstaaten der EU wird die Bindung massiv in Frage gestellt; in anderen Teilen der Welt sind Menschen von solchen Rechten und ihrer Absicherung weit entfernt. Schon deshalb ist diese breite Übereinstimmung nicht gering zu achten.

Aber sind wir uns tatsächlich alle über alles einig?

Das ist wohl – wenig überraschend – nicht der Fall. Unproduktiv ist und sogar zerstörerisch wirkt Dissens allerdings, wenn – dem juristischen Training entsprechend dogmatisch so versiert wie ehrgeizig – der Blick für die tatsächlichen Herausforderungen verloren geht, die hier in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu bewältigen sind: Existenz, Wertschätzung, Integration, gerade im Arbeitsrecht. Da ist dogmatisch „interessant“, was in der Sache niemandem hilft. Das lohnt die Mühe nicht.

---

[40] Grundlegend und umfassend Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht, 2019.

Demgegenüber ist Dissens in der Sache selten, erwartbar, klärungsbedürftig und damit produktiv. Das gilt für kirchliches Arbeitsrecht, denn da gibt es, so heißt es wohltuend unaufgeregt in der Literatur, „Reibungen“[41]. Das gilt gewissermaßen umgekehrt auch für jede Benachteiligung aufgrund des Glaubens, oder aufgrund des Glaubens und des Geschlechts, zum Beispiel durch Kopftuchverbote; hier bewegen sich die Einschätzungen aufeinander zu, denn die letzten Entscheidungen des BVerfG und des EuGH zeigen große Übereinstimmung.[42] Klärungsbedürftig ist in Europa auch die Reichweite des Streikrechts, wie beim in Deutschland nicht zulässigen Beamtenstreik, weshalb der Zweite Senat des BVerfG 2018 sehr ausführlich erläutert, wie sich das Grundgesetz hier zur EMRK verhält.[43] Weiteren Klärungsbedarf dürften Tariffähigkeit, Tariftreue und Tarifbindung aufwerfen, denn da gibt es in den europäischen Staaten durchaus Besonderheiten, auch in Deutschland.[44] Im Urlaubsrecht werden darüber hinaus „massive Diskrepanzen“ konstatiert[45]; tatsächlich stellen sich Fragen der Gleichbehandlung in heute vielfach nicht nur nationalen Arbeitsverhältnissen.

Arbeitsrechtlich sind also verfassungs-, unions- und völkerrechtlich nicht alle Messen gesungen. Das wird auch nie so sein, da sich die Welt ständig verändert. Aber was da gilt, klären wir bisher und künftig wohl noch intensiver im Gespräch. Denn alle Eckpunkte auch des Arbeitsrechts sind im Grundgesetz, in der EMRK und auch in der Charta angelegt, und sie stehen nicht einfach nebeneinander, sondern sind entschieden, bewusst und seit langem normativ verbandelt.

Jüngst wurde zudem verfassungsrechtlich fortentwickelt, wie sich das mit- und zueinander verhält. Galt es zunächst abzuwarten, „solange“ es trägt, ist heute verschränkt zu prüfen, welche roten Linien, Prinzipien und Spielräume in Europa gelten. Dabei müssen sich alle Beteiligten im Rahmen ihrer Kompetenzen halten, also nicht „ultra vires“ handeln.[46] Zudem darf niemand gezwungen werden, die eigene (Verfassungs-) Identität aufzugeben – als rechtliche Identität in einem europa- und menschenrechtlichen Rahmen, nicht als kulturelle (und nicht selten wenig grund- und menschenrechtsfreundliche, sondern eher ausgrenzende) Imagination oder nationalistische Beschwörung. Dazu kommt nun der kooperative Grundrechtsschutz durch alle beteiligten Gerichte, eben im Gespräch.

Das hat auch für das seit langem europäisierte Arbeitsrecht Folgen. Mit den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zum Recht auf Vergessenwerden Ende 2019, zum Europäischen Haftbefehl in Rumänien 2020 und zur Anerkennung von Arzneimitteln im Fall Ökotox 2021[47] ist klargestellt, wie verschränkt die

---

[41] Fischer/Fuhlrott, RdA 2022, S. 19 <23>.

[42] Das zeigt der Vergleich BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10 = BVerfGE 138, 296 (Kopftuch II) mit EuGH, Urt. v. 15.07.2021 - C-804/18 und C-341/19 (WABE/Müller).

[43] BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12.06.2018 - 2 BvR 1738/12 - = BVerfGE 148, 296 <Rn. 163 ff.>. Zum Völkerrecht Lörcher/Ebert, AuR 2/2022, S. 52 ff. (Gutachten des IAMR).

[44] Zur Geschichte Franzen, SR 2017, S. 14 ff.

[45] Fischer/Fuhlrott, RdA 2022, S. 19 <24>.

[46] Vgl. BVerfGE 126, 286 <302 ff. Rn. 110 ff.>; 154, 17 <90 ff. Rn. 110 ff.>.

[47] BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 27. 04.2021 - 2 BvR 206/14 – = BVerfGE 158, 1 (Ökotox).

Grundrechtsgarantien in Europa sind. Danach sind für das europäische Gespräch zwei Konstellationen zu unterscheiden: der seltene Fall des Rechts, das vollständig europäisch determiniert ist, und der häufigere Fall, in dem national Spielräume bestehen, um europäische Maßgaben umzusetzen.

Gilt in einem arbeitsrechtlichen Konflikt also Unionsrecht, das fachrechtlich in der konkreten Norm als vollständig determiniert anzusehen ist, also ganz klar einheitlich normieren soll, werden die roten Linien, Prinzipien und Spielräume europäisch bestimmt. Es gilt die Grundrechtecharta auch für die konkrete Anwendung im Mitgliedstaat. Das ist aber kein anderer Planet, sondern eben verschränkter Grundrechtsschutz, denn die Charta ist nach Art. 52 Abs. 3 GRCh selbst im Lichte der EMRK und der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszulegen.[48]

Allein – diese Prüfung können weder Arbeitgeber noch Beschäftigte vor dem EuGH einfordern. Das ist der zentrale Grund dafür, dass solche Grundrechtsverletzungen auch mit der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht geltend gemacht werden können – juristisch formuliert: warum Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG europarechtsfreundlich und im Einklang mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs 4 GG so zu verstehen ist, dass auch Verfassungsbeschwerden möglich sind, die Grundrechtsverletzungen in Bereichen rügen, in denen der Staat und die Union Hand in Hand gehen.[49] Wenn dann Karlsruhe prüft, was Luxemburg beschäftigt, gilt wie immer: bei Zweifeln ist das Gespräch zu suchen, durch eine Vorlage nach Art. 267 EUV. Ist dagegen alles klar oder geklärt – „acte clair“ oder „éclairé“ … - Sie kennen das!

Tatsächlich ist der Fall voll determinierten Rechts aber eher selten. Die Union beruht auf einem anderen *in dubio*: im Regelfall eröffnet Unionsrecht Spielräume. Daher ist (auch im Arbeitsrecht) sehr genau und Norm für Norm zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten Spielräume haben, um diese komplizierten Verhältnisse im Einklang mit den Herausforderungen vor Ort zu klären. Ein klares Beispiel ist das Befristungsrecht: Da gibt es ganz offenkundig Spielräume und deshalb war das – beim BVerfG und auch in der arbeitsgerichtlichen Vorlage nach Art. 100 GG – kein Thema.[50]

Der gewollt und tatsächlich häufigere Fall ist also der andere: Unionsrecht determiniert nicht vollständig, was gilt. Es lässt Spielräume für die Besonderheiten der Mitgliedstaaten – weil diese sich nicht einig sind, oder weil die Dinge so unterschiedlich laufen, dass durch Vereinheitlichung nichts gewonnen wäre. Ist also in einem arbeitsrechtlichen Konflikt zwar Unionsrecht von Bedeutung, aber eben nicht im Detail vollständig vorgebend, was gilt, ist der Maßstab nationales Verfassungsrecht. Oder bildlich gesprochen: Es ist weiterhin richtig, an der

---

[48] Das betont das BVerfG im 4. Leitsatz zu Ökotox, - BVerfGE 158, 1.

[49] Ausführlich BVerfGE 152, 152 < 168 Rn. 41 ff.> (Recht auf Vergessen I) und BVerfGE 152, 216 <229 Rn. 32 ff.> (Recht auf Vergessen II); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 1. 12. 2020 - 2 BvR 1845/18, 2100/18 –, Rn. 35 ff.(Rumänien II)

[50] Vgl. BVerfGE 149, 126 <138 Rn. 31>.

Fassade des Bundesarbeitsgerichts das Grundgesetz zu zitieren. Trotz aller Mühen der letzten Jahrzehnte, Arbeitsrecht als europäisierte Materie zu begreifen, ist die Bindung an die eigene Verfassung doch der Regelfall. Die jüngere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung erinnert daran. Geklärt ist zudem, dass auch die Bürgerinnen und Bürger mit solchen Fragen nach Karlsruhe gehen können.[51]

Das kann auch niemanden überraschen: Die EU beruht auf dem Pluralismus der Mitgliedstaaten. Die Charta setzt daher auch einen oft weiten Rahmen und lässt damit Grundrechtsvielfalt zu (Art. 51 Abs. 1 GRCh). Schon historisch, aber auch konzeptionell steht die Vermutung der Mitgewährleistung der Grundrechte der Charta durch die nationalen Verfassungen, also das GG. Zwar lässt sich diese Vermutung erschüttern – weil die nationale Verfassung älter ist oder zu einem Thema (noch) nichts sagt. Dann schützt eventuell die Charta mehr und steuert auch die konkrete Anwendung des Rechts im Mitgliedstaat. Das kann oft ein nationales Verfassungsgericht klären. Es muss das jedenfalls aufnehmen, wenn es Bürgerinnen und Bürger umtreibt, weil sonst eine Rechtsschutzlücke bestünde. Und erforderlichenfalls fragt es den EuGH.

Verfassungsrechtlich gilt damit wie auch für das Arbeitsrecht: Eine „Ehrenrunde über Luxemburg“ ist keineswegs immer zwingend. Weder ist das Vorlageverfahren der Ort, um nationale Diskussionen über Bande zu führen. Noch entbindet europäisiertes Recht nationale Gerichte davon, selbst Rechtsschutz zu gewährleisten, mit dem eigenen Handwerkszeug. Mit ihm lassen sich viele Einzelfragen beantworten – und wohl auch einige mehr als all die, die Luxemburg bislang erreichen.[52] Ein höchstes Gericht hat zudem nicht die Funktion, Einzelfragen im konkreten Fall vorab zu beantworten. Weder eine übermäßige Konstitutionalisierung noch die Chartarisierung des Rechts ist sinnvoll. Umso wichtiger ist es daher auch in Vorlagebeschlüssen, den eigenen rechtlichen Kontext genau zu erklären und selbst europäisierte Deutungen anzubieten, die übergreifend überzeugen können, also den EuGH nicht zur Superrevisionsinstanz zu machen, sondern die Vorlage als Spezifikum der Klärung in überlappenden Rechtsordnungen ernstzunehmen. Umgekehrt muss der EuGH verdeutlichen, inwieweit der mitgliedstaatliche Kontext berücksichtigt wurde, was determiniert und was auszufüllen ist, im Gespräch also ebenfalls rollenkonform bleiben.[53]

---

[51] Eine der aufschlussreichsten Darstellungen der Entwicklung des Gerichts Lamprecht, Ich gehe bis nach Karlsruhe, 2011, S. 15 ff.

[52] Die deutschen Gerichte waren zumindest sehr lange weit vorlagefreudiger als andere. Je mehr der EUGH funktional Verfassungsgericht wird, desto klarer wird aber auch, dass nicht jedes Detail eine Vorlage rechtfertigt. Sind die Betroffenen nicht überzeugt, stehen ihnen zudem Möglichkeiten zur Verfügung, eine unterlassene Vorlage als Grundrechtsverletzung geltend zu machen. Zu den Anforderungen BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 4.11.2011 – 1 BvL 3/08 –= BVerfGE 129, 186 (Investitionshilfe); sodann BVerfGE 135, 155 <231 f. Rn. 180>; 147, 364 <380 Rn. 40>, sowie BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 5.01.2021 - 1 BvR 1771/20 -, Rn. 7 f.

[53] Die internationale Kritik am Gerichtshof ist (oft zu) scharf (zentralistische „gouvernement des juges“). Sie ist zu entkräften, wo deutlich wird, dass normative Ausgangspunkte Integration und Vielfalt sind, also die

Die Herausforderungen bewältigen

Im Kern geht es heute um Grundrechtsschutz im Gespräch. Ich ende wie ich begonnen habe: Es gibt keinen Widerspruch zwischen Verfassungsrecht und Arbeitsrecht und auch keinen zwischen Grundgesetz und Europäisierung. Nicht nur tatsächlich, auch rechtlich sind Fachrecht und Verfassungsrecht ebenso wie nationales Recht und Unionsrecht seit langem eng und vielschichtig verflochten. „Kooperativer Grundrechtsschutz“ kann und muss daher im „Gerichtsverbund“[54] im Gespräch funktionieren. Jedes Gespräch kann fordernd sein – die Hauptsache ist, wir sprechen auf Augenhöhe und konstruktiv miteinander. Denn darauf kommt es an, wenn wir unserer Aufgabe gerecht werden wollen, den Menschen zu helfen, für die es oft um ihre Existenz geht: gemeinsam die Eckpunkte zu suchen, zwischen denen sich Erwerbsarbeit heute und in Zukunft abspielt. Nur so können wir den großen Herausforderungen begegnen und in schwierigen Verhältnissen - der Tatsachen wie auch der Manipulation der Fakten und der Normen – bestehen. Ich wünsche uns allen dabei kluges Entscheiden. Die Menschen wollen sich darauf verlassen können.

Vereinheitlichungsaufgabe nicht einseitig dominiert. Vgl. zB EuGH, Urteil vom 14. 10.2004, C-36/02, (Omega); Urteil vom 5.04. 2016, C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi, Căldăraru, Europäischer Haftbefehl); ferner EuGH, Urteil vom 5. 12. 2017, C-42/17 (M.A.S. und M.B.)

[54] Voßkuhle, NVwZ 2010, S. 1 ff.; Lenaerts/Hartmann, JZ 2017, S. 321 ff.