



Europarechtliches Symposium 2024

**Festakt 70 Jahre Bundesarbeitsgericht
Erfurt, 6. bis 7. Juni 2024**

Referat von

Professorin Dr. Claudia Schubert
Universität Hamburg

zum Thema

**„Europäisches Arbeitsrecht als Teil einer
Wirtschafts-, Währungs- und
Werteunion zwischen Harmonisierung
und Subsidiarität“**

**Europäisches Arbeitsrecht als Teil einer Wirtschafts-, Währungs- und
Werteunion – zwischen Harmonisierung und Subsidiarität**

Prof. Dr. Claudia Schubert, Universität Hamburg

- I. Einleitung
- II. Arbeitnehmerfreizügigkeit – Europäisches Arbeitsrecht als Teil des Binnenmarktes
- III. Europäisches Arbeitsrecht zur Begrenzung der Auswirkungen des Binnenmarktes auf das nationale Arbeitsrecht
 - 1. Arbeitnehmerschutz zur Abschottung nationaler Märkte – Schutz gegen Sozialdumping
 - 2. Laval-Quartett des EuGH und seine Folgen
 - 3. Niederlassungsfreiheit und nationale Unternehmensmitbestimmung
 - 4. Zwischenfazit
- IV. Begrenzung der Auswirkungen der Währungsunion auf das nationale Arbeitsrecht
- V. Europäisches Arbeitsrecht als Ausgestaltung einer sozialen Marktwirtschaft
 - 1. Europäische soziale Marktwirtschaft – Europäisches Sozialmodell
 - 2. Europäische Säule sozialer Rechte – ihre Wirkung auf das Arbeitsrecht.
 - 3. Soziale Grundrechte – Arbeitsrecht als Menschenrecht
 - 4. Zwischenfazit
- VI. Europäisches Arbeitsrecht und seine Transformation – Zusammenwirken im europäischen Gerichtsverbund
 - 1. Stärkung der Konvergenz durch Richtlinienauslegung
 - 2. Richtlinieninterpretation im europäischen Gerichtsverbund
- VII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts war weder geradlinig noch stetig, sondern folgte über lange Zeit der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft begann 1957 nur mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Lohngleichheit von Mann und Frau, aber ohne eigene Sozialpolitik. Die Herstellung des Binnenmarktes ließ Schutzdefizite entstehen, die zunächst auf der Grundlage der Binnenmarktkompetenzen reduziert wurden.¹ Die Einheitliche Europäische Akte ergänzte 1985 die Kompetenz zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, die insbesondere ein europäisches Arbeitsschutzrecht ermöglichte.² Ein politisches Signal war die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989.³ Eine eigene Sozialpolitik ermöglichte aber erst das Protokoll über Sozialpolitik von 1992, das 1997 in den Vertrag von Amsterdam übernommen

¹ Vgl. Massenentlassungsrichtlinie (Richtlinie 75/129/EWG), die Betriebsübergangsrichtlinie (Richtlinie 77/187/EWG), die Richtlinie zum Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (Richtlinie 80/987/EWG) und die Nachweisrichtlinie (Richtlinie 91/533/EG), die alle auf den Binnenmarktkompetenzen (Art. 100 EWGV, Art. 115 AEUV) beruhen.

² Einheitliche Europäische Akte, ABl. L 169 vom 29.6.1987, S. 1 ff. (Art. 117 EWG = Art. 117 EGV).

³ KOM (89) 248 endg.

wurde.⁴ Daraufhin folgte eine Reform des vorhandenen Richtlinienbestands. Neue Akzente wurden beim Schutz atypischer und häufig prekärer Arbeitsverhältnisse (befristete Arbeitsverträge, Teilzeit- und Leiharbeit) und bei der Mitbestimmung der Arbeitnehmer gesetzt.⁵

Der Vertrag von Lissabon, der 2007 die soziale Marktwirtschaft zum Ziel der Europäischen Union erklärte (Art. 3 Abs. 3 EUV), und die Proklamation der Charta der Grundrechte der Europäischen Union waren wesentliche Schritte für ein soziales Europa.⁶ Fast gleichzeitig haben die Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit in den Jahren 2007 und 2008⁷ sowie die Fiskalpolitik in der Staatsschuldenkrise ab 2010, die mit gravieren-

⁴ Vertrag über die Europäische Union - Protokoll über die Sozialpolitik, ABl. C 191 v. 29.7.1992, 90; Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. C 340 v. 10.11.1997, 1.

⁵ Vgl. EBR-Richtlinie (Richtlinie 94/45/EG); Teilzeitrictlinie (Richtlinie 97/81/EG), Befristungsrichtlinie (Richtlinie 1999/70/EG); Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2002/14/EG); SE-Richtlinie (Richtlinie 2001/86/EG); SCE-Richtlinie (Richtlinie 2003/72/EG); Verschmelzungsrichtlinie (Richtlinie 2005/56/EG).

⁶ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl. C 306 v. 17.12.2007, 1; Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 303 v. 14.12.2007, 1.

⁷ EuGH 11.12.2007 – C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 – International Transport Workers’ Federation und Finnish Seamen’s Union/Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti (Viking); 18.12.2007 – C-341/05, ECLI: EU:C:2007:291 – Laval; 3.4.2008 – C-346/06, ECLI:EU:C:2007:541 – Ruffert; 19.6.2008 – C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 – Kommission/Luxemburg.

den Eingriffen in das Arbeitsrecht in Griechenland, Spanien, Portugal, Irland und Zypern einhergingen⁸, die Hoffnung auf eine soziale Europäische Union massiv erschüttert⁹. Erst die Proklamation der Europäischen Säule sozialer Rechte¹⁰ im Jahr 2017 galt als ein Neustart¹¹, manchen sogar als ein Anfang für die „Roaring 20s“ der europäischen Sozialpolitik und als Ausdruck des Europäischen Sozialmodells oder gar einer Europäischen Sozialunion¹².

Eine Analyse der Entwicklung des Europäischen Arbeitsrechts ist aber unvollständig, wenn man nur Kompetenzen und Rechtsakte aufzählt oder die Rechtsprechung des EuGH beleuchtet. Die Europäische Union als supranationale Organisation ist für die Mitgliedstaaten Teil einer regionalen *global governance*.¹³ Aus einer politikwissenschaftlichen Perspektive ist die Entwicklung der Europäischen Union und auch die des europäischen Arbeitsrechts von der Legitimität ihres Handelns abhängig. Anders als bei einem Nationalstaat ist deshalb keine geschlossene Konzeption eines (europäischen) Arbeitsrechts entstanden. Vielmehr lassen sich drei zentrale Bereiche identifizieren, in denen sich das europäische Arbeitsrecht nach wie vor entwickelt und die ich für die folgende Darstellung verwenden möchte:

(1) Kernbereich eines originär europäischen Arbeitsrechts im Binnenmarkt ist das transnationale Arbeitsrecht, zu dem vor allem die Arbeitnehmerfreizügigkeit gehört.

(2) Der Schutz sozialer Rechte ist in der Europäischen Union zunächst reaktiv entstanden. Dies geschah vor allem, wenn die unternehmensbezogenen Grundfreiheiten im Rahmen der Wirtschaftsunion in die nationalen Sozialstaaten deregulierend bzw. störend eingegriffen haben, so dass es einer europäischen Reaktion bedurfte. Insofern ist das europäische Arbeitsrecht binnenmarktakzessorisch. Vergleichbares gilt für die Regulierung in der Währungsunion.

⁸ Vgl. dazu z. B. ILO Social Protection report 2014–2015, 113, 137 (Gehaltskürzungen im öffentlichen Dienst von bis zu 30% in Griechenland und von 5% in Portugal und Spanien; Ansteigen der Armut in Griechenland); Ireland, Memorandum of Understanding on specific economic policy conditionality, 3.12.2010, 5; Portugal, Memorandum of Understanding on specific economic policy conditionality, 17.5.2011, 21 ff.

⁹ Vgl. dazu z. B. de Witte, German Law Journal 14 (2013), 581 (589 f.); Koukiadaki/Kretsos, ILJ 41 (2012), 276 ff.; Costa, Transfer 2012, 397 ff.; Deakin/Koukiadaki, in: Countouris/Freedland (eds.), Resocialising Europe in a Time of Crisis, 2013, 163 (175 ff.); Barnard, Current Legal Problems 67 (2014), 199 (212 f.). Vgl. auch Busch/Hermann/Hinrichs/Schulten, Euro Crisis, Austerity Policy and the European Social Model, Februar 2013, https://www.bing.com/search?pglt=43&q=Busch%2FHermann%2FHinrichs%2FSchulten%2C+Euro+Crisis%2C+Austerity+Policy+and+the+European+Social+Model%2C+Februar+2013&cvid=376487b8677b4736af89f9a60711cd54&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIG-CAEQRRg60gEIMTI1N2owajGoAgCwAgA&FORM=ANNTA1&PC=ACTS.

¹⁰ Interinstitutionelle Proklamation zur europäischen Säule sozialer Rechte, ABl. C 428 v. 13.12.2007, 10.

¹¹ Vgl. Becker, ZÖR 2018, 525 (528); Garben, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2019, 101 (102 f., 124 f.).

¹² Kilpatrick, Transfer 29 (2023), 203 ff.; vgl. zur Idee der Europäischen Sozialunion Vandenbroucke, in: Vandenbroucke/Barnard/De Baere (Hrsg.), A European Social Union after the Crisis, 2017, 3 ff.; a. A. Lörcher, AuR 2017, 387 (391).

¹³ Zürn, A theory of global governance: authority, legitimacy, and contestation, 2018.

(3) Eine proaktive Sozialpolitik hat sich nur zögerlich entwickelt. Zuletzt hat die Europäische Säule sozialer Rechte 2017 das genuin sozialpolitische Profil der Europäischen Union gestärkt und der Europäischen Kommission quasi eine Agenda an die Hand gegeben. Ihre Umsetzung führt – ebenso wie der Binnenmarkt – zu Wechselwirkungen und Konflikten zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten (zwischen Unionsrecht und nationalem Recht).

In diesen drei Feldern lassen sich Legitimationsnarrative aufzeigen, die für die Weiterentwicklung der Europäischen Union wesentlich sind. Ihre Wirkung hängt auch davon ab, wie intensiv die Konflikte zwischen dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten sind. Insofern ergeben sich aus dieser Analyse auch Argumente für eine Konkretisierung des Grundsatzes der Subsidiarität.

Das Europäische Arbeitsrecht besteht nicht als unabhängiges Recht, sondern wird in seiner Bedeutung und Dynamik nur deutlich, wenn die Wechselwirkungen mit den nationalen Sozialstaaten – mit dem nationalen Arbeitsrecht – mitgedacht werden. Die Einwirkung des Unionsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen sind infolge des Anwendungsvorrangs und der unmittelbaren Drittwirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten in der Regel intensiv. Die Schutzschilde der nationalen Rechtsordnungen sind die begrenzte Einzelermächtigung, die Subsidiarität und die Verhältnismäßigkeit. Sie sind Teil der Governance der Europäischen Union, die auch im europäischen Arbeitsrecht wirkt. In der Sozialpolitik verhindern Konflikte mit den Mitgliedstaaten bereits die Einigung über Rechtsakte oder prägen diese inhaltlich. Bei Mehrheitsentscheidungen kann es aber nachträglich zu einem Angriff auf den Rechtsakt kommen. Das belegt die dänische Nichtigkeitsklage gegen die Mindestlohnrichtlinie.¹⁴

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, welchen Stand das europäische Arbeitsrecht erreicht hat und wie es sich weiter entwickeln sollte. Die Europäische Union ist bisher keine umfassende Solidargemeinschaft, sondern eine soziale Marktwirtschaft aus 27 Mitgliedstaaten, deren Sozialmodell, Sozialgeschichte und Sozialpolitik erhebliche Unterschiede aufweisen. Diese Vielgestaltigkeit ist bei der Entwicklung einer gemeinsamen Idee einer sozialen Marktwirtschaft mitzudenken. Die folgende Analyse konzentriert sich auf das Arbeitsrecht.

II. Arbeitnehmerfreizügigkeit – Europäisches Arbeitsrecht als Teil des Binnenmarktes

Der Nukleus des europäischen Arbeitsrechts ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die von Anfang an Teil des gemeinsamen Binnenmarktes war. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist Ausdruck

¹⁴ Klage v. 18.1.2023 – C-19/23, ABl. C 104 v. 20.3.2023, 17 –Dänemark/EP und Rat.

der Freiheit, in gleichberechtigter Weise überall in der Europäischen (Wirtschafts-)Gemeinschaft, heute in der Europäischen Union, arbeiten zu können. Dass diese Freiheit von weniger als 5% der Arbeitnehmer, vor allem von Grenzgängern, Saisonarbeitern und hochqualifizierten Arbeitskräften, genutzt wird¹⁵, nimmt der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht ihre Bedeutung, sondern ist nur die Folge davon, dass wir Menschen soziale Wesen sind und nur unter bestimmten Voraussetzungen Wanderarbeitnehmer werden. Deswegen hat die Arbeitnehmerfreizügigkeit nur partiell zu einem Wettbewerb über die Arbeitskosten geführt. Dieser wurde eher durch die Arbeitnehmerentsendung der Unternehmen forciert (siehe III.1).

Bei der Umsetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde der Zugang zum Arbeitsmarkt in den Mitgliedstaaten und die Gleichbehandlung der Wanderarbeitnehmer – sei es im Gastland, sei es nach der Rückkehr im Heimatland – durch Verordnungen und Richtlinien ausgestaltet.¹⁶ Der Zugang zu sozialen Leistungen und steuerlichen Vergünstigungen ist darin eingeschlossen. Die Weiterentwicklung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot, das die Mitgliedstaaten und die Sozialpartner bindet, unterstützt ihre effektive Durchsetzung.¹⁷ Selbst Arbeitgeber sind unmittelbar an das Diskriminierungsverbot aus Art. 45 AEUV gebunden.¹⁸ Die Rechtssache Angonese aus dem Jahr 2000, die eine diskriminierende Forderung eines Arbeitgebers nach einem nur in der Region Bozen ausgestellten Sprachzertifikat betraf, galt Beobachtern zunächst als Ausreißer. Die Entscheidung ist aber eine systematische Weiterentwicklung des Unionsrechts, um gravierende Hindernisse für die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beseitigen.¹⁹ Auch die daran anknüpfenden Entscheidungen betreffen Marktzugangshindernisse, die für eine Vielzahl von Arbeitnehmern relevant waren.

Im Grunde ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Nukleus des europäischen Arbeitsrechts. Es handelt sich um ein transnationales Arbeitsrecht, wie es gerade in der Europäischen Union mit einem gemeinsamen Binnenmarkt notwendig ist. Es erfolgt eine Anpassung des nationalen Rechts an grenzüberschreitende Sachverhalte, ohne es für die Inlandsfälle zu verändern. Die

¹⁵ Zur Zahl der Wanderarbeitnehmer und ihrer Zusammensetzung European Commission, Annual Report on Intra-EU Labour Mobility 2021, 2022; vgl. auch Destatis, EU citizens work in other EU countries 2022 (https://www.destatis.de/Europa/EN/Topic/Population-Labour-Social-Issues/Labour-market/Labour_Mobility.html, zuletzt am 20.5.2024).

¹⁶ Zentrale Regelungen sind enthalten in: Verordnung (EU) 492/2011; Verordnung (EU) 2019/1149; Richtlinie 2004/38/EG; Richtlinie 2014/54/EU.

¹⁷ Zur unmittelbaren Drittwirkung für Sozialpartner siehe bereits EuGH 12.12.1974 – C-36/74, ECLI:EU:C:1974:140, Rn. 16/19 – Walrave; 15.12.1995 – C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463, Rn. 84 – Bosman; 15.1.1998 – C-15/96, ECLI:EU:C:1998:3, Rn. 35 – Schöning-Kougebetopoulou; 16.3.2010 – C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143, Rn. 31 – Olympique Lyonnais.

¹⁸ EuGH 6.6.2000 – C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese; 17.7.2008 – C-94/07, ECLI:EU:C:2008:425 – Raccanelli; 28.6.2013 – C-172/11, ECLI:EU:C:2012:399 – Erny.

¹⁹ EuGH 6.6.2000 – C-281/98, ECLI:EU:C:2000:296 – Angonese; krit. Michaelis, NJW 2001, 1841; Weber, RdA 2001, 183 (185).

technokratische Legitimation einer supranationalen Organisation²⁰, transnationales Recht zu schaffen, hat aber nicht umfassend gewirkt. Das mangelnde Interesse bzw. der Widerstand der Sozialpartner hinsichtlich transnationaler Kollektivverträge hat die Erweiterung des transnationalen europäischen Arbeitsrechts behindert.²¹ Lohnpolitik ist – ungeachtet der Mindestlohnrichtlinie (Richtlinie [EU] 2023/2041) – weiter eine nationale Angelegenheit. Dieses mangelnde Interesse an einer Koordinierung der Lohnpolitik beruht auf der nationalen Ausrichtung der Organisationen. Dennoch sollte in einer Europäischen Union mit grenzüberschreitend tätigen Unternehmen eine Weiterentwicklung des transnationalen Arbeitsrechts erfolgen, um den Sozial- bzw. Betriebspartnern Regelungsmöglichkeiten zu eröffnen.²²

III. Europäisches Arbeitsrecht zur Begrenzung der Auswirkungen des Binnenmarktes auf das nationale Arbeitsrecht

Eine zweite Gruppe von Regelungen des europäischen Arbeitsrechts ist als Reaktion auf den Binnenmarkt entstanden. Zum Teil handelt es sich – wie *Birk*²³ es formulierte – um wettbewerbspolitisch motivierte Harmonisierung, um insbesondere im Arbeitsschutzrecht ein Level-playing-field für die Unternehmen herzustellen und ein race to the bottom zu Lasten des Arbeitnehmerschutzes zu verhindern. Daneben haben die unternehmensbezogenen Grundfreiheiten (Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit) und deren Ausübung durch die Unternehmen eine deregulierende Wirkung für die nationalen Sozialstaaten. Der daraus entstandene Konflikt mit dem nationalen Arbeitsrecht musste durch europäische Regelungen befriedet werden. Das Recht der Mitgliedstaaten bedurfte einer Ergänzung, um Beeinträchtigungen der nationalen Sozialstaaten zu verhindern. Das möchte ich an drei Beispielen verdeutlichen:

1. Arbeitnehmerschutz zur Abschottung nationaler Märkte – Schutz gegen Sozialdumping

Dieser Befund gilt zunächst für das Entsenderecht. Der Wettbewerb zwischen Hochlohn- und Niedriglohnländern, der durch den Beitritt von Spanien und Portugal nach dem Ende der faschistischen Diktaturen im Jahr 1986 verstärkt einsetzte, machte eine Regelung über die Arbeitsbedingungen von entsandten Arbeitnehmern notwendig. Die ursprüngliche Fassung der

²⁰ Dazu Zürn (Fn. 15), 74.

²¹ Fuchs/Marhold/Friedrich, *Europäisches Arbeitsrecht*, 6. Aufl. 2020, 453 f.; Kowanz, *Europäische Kollektivvertragsordnung*, 1999, 32 ff.

²² Fuchs/Marhold/Friedrich, *Europäisches Arbeitsrecht*, 6. Aufl. 2020, 453 ff.; Jacobi, in: Hoffmann (Hrsg.), *The German Model of Industrial Relations Between Adaption and Erosion*, 1998, 135 (140, 141 ff.); Mosler, *DRdA* 2012, 283 (293 ff.); zum Rechtsrahmen Ales/Engblom/Jaspers/Laulom/Sciarrà/Sobczak/Valdès Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, 2006, 33 ff.

²³ Birk, in: Lenz, *EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt*, 2. Aufl. 1994, 369.

Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG) begrenzte den Unterbietungswettbewerb nur, indem die Mindestarbeitsbedingungen, insbesondere der Mindestlohn, in den Zielländern auch für entsandte Arbeitnehmer verbindlich wurde. Der enorm steigende Wettbewerbsdruck nach der EU-Osterweiterung im Jahr 2004 führte 2018 zu einer Reform der Entsenderichtlinie (Richtlinie [EU] 2018/957), die heute einen Equal-pay-Grundsatz ab dem ersten Arbeitstag im Gastland vorsieht. Sie wird für das Transportgewerbe durch die Richtlinie (EU) 2020/1057 ergänzt, um dessen spezifische Gegebenheiten zu regulieren. Beide Richtlinien reduzieren den Nutzen des Binnenmarktes für die mitteleuropäischen Mitgliedstaaten deutlich.

Aus der Binnenmarktperspektive ist das Entsenderecht eine Marktabschottung zum Schutz der Hochlohnländer.²⁴ Zugleich ist es ein Schutz der Unternehmen und Arbeitnehmer vor Sozialdumping und Missbrauch.²⁵ In Branchen, in denen der Wettbewerb nicht durch technische Innovation, sondern durch günstige Personalkosten gewonnen wird, verhindert der Equal-pay-Grundsatz soziale Verwerfungen in den Hochlohnländern und leistet am Ende einen Beitrag zur Kohäsion in der Europäischen Union, auch wenn der Rechtsakt darauf nicht gestützt wurde.²⁶

2. Sog. Laval-Quartett des EuGH und seine Folgen

Die Wirkung der unternehmensbezogenen Grundfreiheiten (Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit) auf das nationale Arbeitsrecht hat der EuGH durch seine Entscheidungen massiv gesteigert. In den als Laval-Quartett bezeichneten vier Entscheidungen in den Rechtssachen Viking, Laval, Ruffert und Kommission/Luxemburg zogen die Grundfreiheiten der Tarifautonomie, Arbeitskampfmaßnahmen und der Vergabe öffentlicher Aufträge Grenzen, sofern Unternehmen aus dem EU-Ausland diskriminiert oder unangemessen beschränkt werden.²⁷ Kollektive Maßnahmen für die Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Unternehmen müssen danach die sozialen Belange der Arbeitnehmer in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit verfolgen.²⁸ Zudem wurde die Zulässigkeit

²⁴ Vgl. EuGH 25.10.2001 – C-49/98, ECLI:EU:C:2001:564, Rn. 38 f. – Finalarte; EuArbRK/Franzen, 5. Aufl. 2024, RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 1; vgl. auch Mitrus, in: ZAAR, Neues Arbeitnehmerentsenderecht, 2019, 67 (77 f., 86).

²⁵ Eichenhofer, ZESAR 2020, 195 (199 f.); Fuchs, ZESAR 2019, 105; krit. Franzen, EuZA 2019, 3 (17 ff.); Mitrus, in: ZAAR, Neues Arbeitnehmerentsenderecht, 2019, 67 (77 f., 85 f.); vgl. zur Primärrechtskonformität Klein, EuZW 2019, 673 ff.

²⁶ Ähnlich Eichenhofer, ZESAR 2020, 195 (199 f.).

²⁷ Siehe Fn. 7.

²⁸ EuGH 11.12.2017 – C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 44 ff. – Viking; 18.12.2007 – C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291 Rn. 90 ff. – Laval.

von vergaberechtlichen Mindestarbeitsbedingungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge beschränkt.²⁹

Der Aufschrei nach diesen Entscheidungen war besonders laut, weil der EuGH das historisch gewachsene nationale Kollektivarbeitsrecht nicht bestehen ließ.³⁰ Die deregulierende Kraft dieser Entscheidungen ist durch die nachfolgende Rechtsentwicklung teilweise überholt. Das gilt bei der Arbeitnehmerentsendung seit der Einführung des Equal-pay-Grundsatzes in Art. 3 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2018/957. Die Vergaberichtlinien der EU³¹ und die Rechtsprechung des EuGH erlauben heute eine Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe³². Auch wenn die konkrete Ausgestaltung eines Vergabemindestlohnes den Vorgaben der Entsende-richtlinie entsprechen muss.³³

Eine vergleichbare Entwicklung war für das Arbeitskampfrecht mangels unionsrechtlicher Kompetenzen zur Rechtssetzung (vgl. Art. 153 Abs. 5 AEUV) ausgeschlossen. Die eilig von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Monti-II-Verordnung, um den Arbeitskampf im Binnenmarkt zu schützen, wurde daher im Gesetzgebungsverfahren zurückgezogen.³⁴ Das macht das nationale Arbeitskampfrecht aber nicht im Verhältnis zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit schutzlos. Der EuGH zieht den Grundfreiheiten durch das soziale Grundrecht auf kollektive Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Grenzen.³⁵ Dazu verwies er auf den damals noch nicht in Kraft getretenen Art. 28 GRC, auf Art. 6 Nr. 4 ESC

²⁹ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, ECLI:EU:C:2007:541, Rn. 21 ff. – Rüffert; 19.6.2008 – C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350, Rn. 116 ff. – Luxemburg.

³⁰ Zur Würdigung der Entscheidungen anhand ihrer Auswirkungen auf das schwedische Recht Bruun/Jonsson/Olausson, in: Bückler/Warneck (Hrsg.), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, 2011, 19 (26 ff.); Feenstra, in: Vandenbroucke/Barnard/De Baere (Hrsg.), *A European Social Union after the Crisis*, 2017, 309 (320 ff.) mwN; Rönmar, *ILJ* 2010, 280 ff. mwN; s. auch European Committee of Social Rights, *Collective Complaint*, 5.2.2014 – No. 85/2012, Rn. 107 ff. – Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO)/Sweden.

³¹ Richtlinie 2014/23/EU, Richtlinie 2014/24/EU und die Sektorenrichtlinien 2014/25/EU; zur Entwicklung MüKoWettbR/Kühnast, 4. Aufl. 2022, *GW*B § 97 Rn. 86 ff.

³² Vgl. Erwägungsgrund 37 Richtlinie 2014/24/EU und Erwägungsgrund 52 Richtlinien 2014/25/EU; vgl. bereits Erwägungsgrund 46 Richtlinie 2004/18/EG; dazu Glaser, *Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, 2015, 121; MüKoWettbR/Kühnast, 4. Aufl. 2022, *GW*B § 97 Rn. 88. Vgl. zum Mindestlohn EuGH 17.11.2015 – C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760 – RegioPost.

³³ Dazu Giesen, *DB* 2023, 774 ff.; Hartmann, *ZfA* 2023, 510 (517 ff.); Krause, *AuR* 2020, 152 ff.

³⁴ Europäische Kommission, *Vorschlag für Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit*, COM (2012) 130 final; kritisch Bruun/Bückler, *NZA* 2012, 1136 ff.; Fabbrini/Granat, *CMLR* 50 (2013), 115 (116 ff.); Goldoni, *Eur Const LR* 10 (2014), 90 (93 ff.).

³⁵ Ausführlich Holoubek/Lienbacher/Brameshuber, *GRC*, 2. Aufl. 2019, Art. 28 Rn. 47 ff.; EuArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, *GRC* Art. 28 Rn. 58 ff.

und die ILO-Konvention Nr. 87 sowie auf Nr. 13 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte, auf die Art. 151 AEUV Bezug nimmt.³⁶

Dieses deutliche Bekenntnis zu einem sozialen Grundrecht fand damals wenig Wertschätzung, vor allem weil nicht alle Mitgliedstaaten eine Begrenzung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kannten³⁷. Die Beschränkung von Menschenrechten ist aber selbst nach der EMRK nicht per se ausgeschlossen. Auch in einer sozialen Marktwirtschaft bedarf es der Auflösung von Zielkonflikten, wie sie zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten als Rechten gleichen Ranges (Art. 6 Abs. 1 EUV)³⁸ auftreten. Die Verhältnismäßigkeit ist dabei ein für Grundrechte anerkannter Maßstab.

Manche Kritik nach den Rechtssachen Viking und Laval wurzelt auch im Misstrauen gegenüber dem EuGH, der damals nicht als Wächter der (sozialen) Grundrechte bekannt war. Die Berücksichtigung grundrechtlicher Wertungen hat sich nach dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta allmählich intensiviert.³⁹ Spätere Entscheidungen – ich erinnere exemplarisch an das Urlaubs- und das Arbeitszeitrecht⁴⁰ – zeigen das Bewusstsein des EuGH für die Relevanz von (sozialen) Grundrechten und die Notwendigkeit, diese durchzusetzen.

3. Niederlassungsfreiheit und nationale Unternehmensmitbestimmung

Die Niederlassungsfreiheit hatte darüber hinaus erhebliche Auswirkungen auf die nationale Unternehmensmitbestimmung⁴¹, zumindest für Deutschland, dessen Arbeitnehmerbeteiligung im

³⁶ EuGH 11.12.2017 – C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 44 – Viking; 18.12.2007 – C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291 Rn. 90 – Laval.

³⁷ Vgl. dazu Feenstra, in: Vandenbroucke/Barnard/De Baere (Hrsg.), A European Social Union after the Crisis, 2017, 309 (327 ff.).

³⁸ Vgl. bereits zuvor EuGH 12.6.2003 – C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333, Rn. 74, 77 ff. – Schmidberger; 14.10.2004 – C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614, Rn. 36 ff. – Omega; s. auch EuGH 11.12.2017 – C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, Rn. 45 f. – International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union/Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti (Viking); 18.12.2007 – C-341/05, ECLI:EU:C:2007:291, Rn. 93 f. – Laval.

³⁹ Zum EuGH als Grundrechtegerichtshof konstatierend Vašek, in: von Bogdandy/Huber, Ius Publicum Europaeum, 2021, § 117 Rn. 2, 87.

⁴⁰ Z. B. EuGH 22.11.2011 – C-214/10, Rn. 31 – KHS; 8.11.2012 – C-229/11, C-230/11, ECLI:EU:C:2012:693, Rn. 36 – Heimann und Toltschin; 30.6.2016 – C-178/15, ECLI:EU:C:2016:502, Rn. 20 – Sobczyszyn; 9.11.2017 – C-306/16, ECLI:EU:C:2017:844, Rn. 50 – Maio Marques da Rosa; 29.11.2017 – C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, Rn. 56 – King; 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 49 ff., 69 ff. – Max-Planck-Gesellschaft; 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834 Rn. 18 ff. – Keolis Agen; 14.12.2023 – C-206/22, ECLI:EU:C:2023:984, Rn. 27 ff. – Sparkasse Südpfalz; 18.1.2024 – C-218/22, ECLI:EU:C:2024:51, Rn. 24, 42 ff. – Comune di Copertino.

⁴¹ Grundlegend zu Art. 49 EG EuGH 9.3.1999 – C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – Centros; 5.11.2002 – C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – Überseering; 30.9.2003 – C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – Inspire Art; 13.12.2005 – C-411/03, ECLI:EU:C:2005:762 – Sevic Systems AG; 12.9.2006 – C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 – Cadbury Schweppes; 16.12.2008 – C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723 – Cartesio; 12.7.2012 – C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – VALE; 26.10.2017 – C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 – Poldbud; zur Wirkung auf die Unternehmensmitbestimmung Bayer, AG 2004, 534 ff.; Däubler/Heuschmid, NZG 2009, 493 ff.; Kierstein, Niederlassungsfreiheit contra Unternehmensmitbestimmung,

Aufsichtsrat im Vergleich der Mitgliedstaaten am intensivsten ist. Zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit setzt die Europäische Union im Gesellschaftsrecht zum einen auf den Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen, zum anderen auf genuin europäische, transnationale Gesellschaftsformen wie die SE. Für die SE besteht – auch wegen der politischen Intervention Deutschlands – kein eigenes, europäisches Mitbestimmungsmodell.⁴² Einer Erstreckung des nationalen Mitbestimmungsrechts auf ausländische Gesellschaften steht nach überwiegender Ansicht die Niederlassungsfreiheit entgegen.⁴³ Zulässig wäre höchstens eine verhandelte Mitbestimmung mit einer gesetzlichen Auffangregelung, damit kein unverhältnismäßiger Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vorliegt.⁴⁴ Etwas anderes gilt allenfalls für Scheinauslandsgesellschaften, deren Verwaltungssitz und Niederlassungen in Deutschland sind.⁴⁵

Für die grenzüberschreitende Umwandlung (Formwechsel, Verschmelzung, Spaltung) und die transnationalen Gesellschaftsformen sieht das Unionsrecht eine sog. verhandelte Mitbestimmung vor.⁴⁶ Sie beschränkt sich lediglich darauf, bereits vorhandene Arbeitnehmerrechte zu konservieren (vgl. Richtlinie 2001/86/EG, Richtlinie 2005/56/EG, Richtlinie [EU] 2019/2121). Eine rechtzeitige grenzüberschreitende Umwandlung vor dem Erreichen der Schwellenwerte für die Unternehmensmitbestimmung erlaubt die Flucht vor der Arbeitnehmerbeteiligung. Eine Missbrauchskontrolle, wie sie bei der Umsetzung der SE- und der Umwandlungsrichtlinie geschaffen wurde, wird Unternehmen nicht immer daran hindern, die Unternehmensmitbestimmung zu vermeiden.

Die Fluchtwege aus der deutschen Mitbestimmung hat der EuGH durch seine Entscheidung vom 16.5.2024 in der Rechtssache Konzernbetriebsrat/O Holding SE massiv erweitert.⁴⁷ Bei

2006; Kisker, Unternehmensmitbestimmung bei Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007; Teichmann, ZGR 2011, 639 ff.; Weiss/Seifert, ZGR 2009, 542 ff.

⁴² Zur Entwicklung des Mitbestimmungsmodells der SE Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 6. Aufl. 2024, EU-Recht Rn. 16 ff., 26 ff.

⁴³ Vgl. LG Hamburg ZIP 2016, 2316 (2317); Bayer AG 2004, 534 (535); GroßkommAktG/Oetker, 5. Aufl. 2019, MitbestG § 1 Rn. 14 ff.; Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt, Arbeitsrechts-Kommentar, 11. Aufl. 2024, MitbestG § 1 Rn. 6; Merkt, ZIP 2011, 1237 (1239 ff.); Raiser/Veil/Jacobs/Raiser, MitbestG, DrittelbG, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 1 Rn. 13; s. auch MHdB ArbR/Uffmann, 5. Aufl. 2022, § 370 Rn. 4; für Einbeziehung de lege ferenda Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, 164 ff.

⁴⁴ Bayer, AG 2004, 534 (538); Habersack/Henssler/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 1 Rn. 8a; Henssler ZfA 2018, 174 (192 ff.); Kisker (Fn. 43), 200 f., 224 ff.; Teichmann, ZIP 2009, 1787 (1788); ders., ZIP 2016, 899 (903 ff.); a. A. Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt, Arbeitsrechts-Kommentar, 11. Aufl. 2024, MitbestG § 1 Rn. 8.

⁴⁵ Franzen, RdA 2004, 257 (262 f.); Henssler, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2006/I, 83 (88 ff.); Raiser, DJT-Gutachten, 2006, B107; Sick, GmbHR 2011, 1196 (1197 ff.); Thüsing, ZIP 2004, 381 (382 ff.); Weiss/Seifert, ZGR 2009, 542 (545 ff.); aA Behme, ZIP 2008, 351 (354 ff.); Merkt, ZIP 2011, 1237, (1238 ff.).

⁴⁶ Art. 16 Richtlinie 2005/56/EG; jetzt: Art. 166 Richtlinie (EU) 2017/1132; Art. 86l, Richtlinie (EU) 2019/2121.

⁴⁷ Vgl. EuGH 16.5.2024 – C-706/22, ECLI:EU:C:2024:402 – Konzernbetriebsrat/O Holding SE.

der Aktivierung einer Vorrats-SE, die zunächst ohne Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat gegründet wird, sei ein Nachholen dieser Verhandlungen entbehrlich. Damit bleibt eine solche SE frei von der Mitbestimmung, selbst wenn sie später Arbeitnehmer hat. Derzeit bleibt nur die Möglichkeit, die Missbrauchskontrolle zu erweitern, die aber nur einen begrenzten Schutz leisten kann. In Anlehnung an die Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie ließe sich das Missbrauchsverbot durch eine registergerichtliche Kontrolle ergänzen (vgl. § 324 Abs. 3 S. 1 UmwG).

Der deregulierenden Wirkung der Niederlassungsfreiheit lässt sich nur dann effektiv etwas entgegenzusetzen, wenn ein eigenes, europäisches Mitbestimmungsmodell vereinbart wird.⁴⁸ Die Forderung des Europäischen Gewerkschaftsbundes und der daran anknüpfende Vorschlag des Europäischen Parlaments hinsichtlich der Einführung einer originär europäischen Unternehmensmitbestimmung waren bisher folgenlos.⁴⁹ Sie verlangen eine paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat für Unternehmen ab einer Größe von 1.000 Arbeitnehmern. In einer Europäischen Union, deren Mitgliedstaaten entweder keine oder maximal eine Drittelbeteiligung kennen⁵⁰, sind solche Maximalforderungen nicht erfolgversprechend. Rechtspolitisch dürfte gelten, dass weniger am Ende mehr ist. Das verlangt aber zuerst von der deutschen Politik, die in der Vergangenheit Kompromisse auf europäischer Ebene verhindert hat, sich verbündend für eine verhandelte Mitbestimmung mit einer Drittelbeteiligung einzusetzen.⁵¹ Dass die Unterrichtung und Beratung mit Arbeitnehmervertretern zu den Grundsätzen der Europäischen Union gehört, ist auch in Art. 27 GRC verankert und bedarf der weiteren Ausgestaltung. Die Weiterentwicklung des Unionsrechts wird allerdings dadurch behindert, dass die deregulierende Wirkung des Unionsrechts vor allem Deutschland betrifft und sich daher Mehrheiten für eine Rechtssetzung nicht leicht finden lassen.

⁴⁸ Zur Notwendigkeit einer europäischen Regelung, wenn auch die SE einbezogen werden soll: Uffmann, AG 2022, 427 (434 ff.); vgl. auch Mohamed, ZIP 2022, 305 (307); Mückl/Blunck, DB 2022, 735 (737 f.).

⁴⁹ Vorschläge des Europäischen Gewerkschaftsbundes: Towards a new framework for more democracy at work: ETUC resolution, 3.11.2014, <https://www.etuc.org/en/document/towards-new-framework-more-democracy-work-etuc-resolution> (zuletzt am 20.5.2024); Europäisches Parlament, Bericht v. 9.1.2019, A8 - 0002/2019, 119, 212, 277. Für eine europäische Rahmenrichtlinie auch DGB Bundesvorstand, Eckpunkte DGB für eine EU-Rahmenrichtlinie zur Unterrichtung, Anhörung und Unternehmensmitbestimmung, 2020 (<https://bit.ly/3eys2QB>, zuletzt am 20.5.2024).

⁵⁰ Vgl. Dazu ETUI, Worker Participation, Board-level Employee Representation, <https://worker-participation.eu/board-level-employee-representation> (zuletzt am 20.5.2024).

⁵¹ Für eine dahingehende Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung z. B. Habersack/Henssler/Habersack, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 76; Henssler, ZfA 2018, 174 (194 f.); MHdB ArbR/Uffmann, 5. Aufl. 2022, § 368 Rn. 18.

4. Zwischenfazit

Das europäische Arbeitsrecht entwickelte sich vor allem aus dem Konflikt der Grundfreiheiten mit den nationalen Rechtsordnungen und ist ein Produkt wiederholter Krisen, die die europäische Integration forciert haben. Die sozialen Grundrechte und das europäische Arbeitsrecht ergänzen den Binnenmarkt um eine soziale Dimension, die aber ergänzend zu den nationalen Regelungen hinzutritt. Die dabei entstandenen Kompromisse prägen die nationalen Arbeitsrechtsordnungen vor allem bei grenzüberschreitenden Sachverhalten und betreffen somit den originären Bereich europäischer Rechtsentwicklung, in dem sich die Legitimität des Handelns der Europäischen Union schon aus der Art der Sachverhalte ergibt. Die damit einhergehenden Beschränkungen der Grundfreiheiten waren zugleich notwendig, um der Europäischen Union die Akzeptanz in den Mitgliedstaaten zu erhalten.

Die Sozialpolitik der Europäischen Union ist darüber hinausgegangen und hat Harmonisierung in Bereichen angestoßen, wo ein übereinstimmender praktischer Regelungsbedarf bestand. Insgesamt konzentriert sich die Harmonisierung bis 2007 stark auf Gesundheitsschutz und Diskriminierungsschutz und erfasst somit nur einen überschaubaren Teil des Arbeitsrechts und lässt den Mitgliedstaaten erhebliche Spielräume für die Ausgestaltung ihrer Sozialstaatlichkeit. Diese werden zum Teil durch den EuGH verengt, der dadurch neue Konflikte mit den Mitgliedstaaten auslöst (siehe zum Urlaubsrecht unter VI).

IV. Begrenzung der Auswirkungen der Währungsunion auf das nationale Arbeitsrecht

Gravierende Veränderungen für das nationale Arbeitsrecht sind infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise von 2008 und der darauffolgenden Staatsschuldenkrise seit 2010 eingetreten. Für eine Rettung von Staatsfinanzen in diesem Ausmaß bestand kein Masterplan. In den Memoranda of Understanding haben sich Griechenland, Spanien, Portugal, Irland und Zypern jeweils zu einschneidenden Arbeitsmarktreformen verpflichtet, um Kredite für ihre Staatshaushalte zu bekommen.⁵² Zu diesen Reformen gehörten unter anderem die Verkleinerung des öffentlichen Dienstes, erhebliche Lohnkürzungen und verringerte Abfindungen bei Entlassungen.⁵³ Der Mindestlohn wurde reduziert bzw. seine Erhöhung strikter an die Produktivität und damit an

⁵² Directorate-General for Economic and Financial Affairs, *The Economic Adjustment Programme for Greece*, 2010, 21 ff. Vgl. Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. März 2014 zu den beschäftigungs- und sozialpolitischen Aspekten der Rolle und der Tätigkeiten der Troika (EZB, Kommission und IWF) in Bezug auf Programmländer des Euro-Währungsgebiets (2014/2007(INI)), ABl. EU C378 v. 9.11.2017, 200.

⁵³ Siehe Fn. 11.

die Grenzkosten der Arbeit geknüpft. Zudem kam es zu einer Dezentralisierung der Kollektivverhandlungen und damit zu einem massiven Eingriff in die gewachsenen Strukturen der Sozialpartnerschaft.⁵⁴ Diese Maßnahmen haben sich ex post als nicht oder nicht in dem Umfang notwendig erwiesen. Sie galten Vielen als das Ende eines sozialen Europas⁵⁵ und gaben auch bei den beteiligten Institutionen Anlass zur Selbstkritik.⁵⁶

Die Finanz- und Staatsschuldenkrise war eine bedrohliche Herausforderung für die Europäische Union als supranationale Organisation – nicht nur wirtschaftlich, sondern auch wegen der sozialen Folgen, die in den betroffenen Ländern zum Teil bis heute sichtbar sind. Sie hat aber im Ergebnis zu einer Intensivierung der Integration geführt, weil die Wirtschafts- und Währungsunion für die Mitgliedstaaten wichtig genug war, um Einschränkungen ihrer nationalen Politik zu akzeptieren, ohne die Europäische Union zu verlassen. Für alle Euro-Staaten wurde nachgeholt, was bei der Einführung der gemeinsamen Währung versäumt wurde: ein Stabilitäts- und Wachstums-Pakt, der den Europäischen Stabilitätsmechanismus und die haushaltspolitische Kontrolle in Form des Europäischen Semesters mit einem Monitoring für makroökonomische Risiken einführte.⁵⁷ Das Europäische Semester wurde zudem 2017 um ein sog. Social Scoreboard ergänzt, das die Entwicklung des nationalen Sozialstaates erfasst.⁵⁸ Dieses Monitoring beschränkt sich nicht auf die Kosten des Sozialstaates, sondern erstreckt sich auch auf seinen Zustand und zeigt Verbesserungsbedarfe auf (z. B. zu hohe Jugendarbeitslosigkeit, zu hohe Zahl von Jugendlichen ohne Schulabschluss, zu große Entgeltspreizung). Damit ist Fiskalpolitik heute mit den Zielen einer sozialen Marktwirtschaft verknüpft und daher umfassender gedacht, so dass die Währungsunion nicht auf ihre ökonomische Dimension reduziert ist. Zudem sind die Empfehlungen weniger einschneidend, wenn sie frühzeitig erfolgen und den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume lassen.

⁵⁴ Zu den Eingriffen in das Tarifsysteem in Griechenland Travlos-Tzanetatos, FS Säcker, 2011, 325 (332 ff.); Bourazeri, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, 2019, 178 ff.; zu Portugal: Seifert, SR 2014, 14 (27).

⁵⁵ Vgl. Degryse/Jepsen/Pochet, ETUI Working Paper, 2013.05, 19; Verdun, J Eur Integr 20 (1996), 59 (65); Deakin/Koukiadaki, in: Countouris/Freedland (eds.), Resocialising Europe in a Time of Crisis, 2013, 163 (177 ff.).

⁵⁶ IMF Admits Mistakes on Greek Bailout, 6.6.2013, <https://www.spiegel.de/international/europe/the-imf-admits-serious-mistakes-on-greek-bailout-a-904093.html> (zuletzt am 20.5.2024). Vgl. auch die Evaluationsprozesse z. B. Memorandum of Understanding between the European Commission on behalf of the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece, 2015, 21 ff.

⁵⁷ Art. 121, 126, 136 Abs. 3 AEUV, Verordnung (EU) 1173/2011, Verordnung (EU) 1174/2011, VO (EU) 1175/2011, Verordnung (EU) 1176/2011, Verordnung (EU) 1177/2011, Richtlinie 2011/85/EU, Verordnung (EU) 472/2013, Verordnung (EU) 473/2013.

⁵⁸ Vgl. zu den Kriterien des Scoreboard <https://ec.europa.eu/eurostat/web/european-pillar-of-social-rights/scoreboard>.

Die Corona-Pandemie war bereits ein erster Test für die nachgebesserte Fiskalpolitik.⁵⁹ Dabei ließ sich zeigen, dass das Europäische Semester als Monitoring in solchen – sich bis heute wiederholenden Krisen – eine Elastizität besitzt⁶⁰ und sich dynamisch an die sich ändernde Situation anpasst⁶¹. Die länderspezifischen Empfehlungen erfolgen heute maßvoller und mit Rücksicht auf die soziale Situation, so dass die Mitgliedstaaten auch eine eigene Politik entwickeln können, sogar gegen die Empfehlungen der Kommission.⁶² Die Haushaltspolitik wurde in der Corona-Pandemie zudem mit einer Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Folgenbewältigung und Entwicklung einer Robustheit für solche Krisen verbunden.⁶³

Rechtlich sind die länderspezifischen Empfehlungen der Europäischen Kommission unverbindlich, haben aber Orientierungswirkung und führen vor allem zu Selbstverpflichtungen der Mitgliedstaaten. Die Sanktionen, die im Falle einer makroökonomischen Schieflage möglich sind, erlauben es, die damit verbundenen Einschränkung sozialer Rechte auch der Europäischen Union – zumindest seit der Einfügung des Art. 136 Abs. 3 AEUV im Jahr 2016 – zuzurechnen.⁶⁴ Insofern ist es nicht konsequent, wenn der EuGH die Organe der Europäischen Union insoweit nicht an die Grundrechtecharta bindet.⁶⁵ Die sozialen Grundrechte verhindern die Einschränkung des Arbeitnehmerschutzes nicht per se, sie geben aber Schutzpflichten auf und binden im Falle eines Eingriffs an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 52 Abs. 1 GRC).

⁵⁹ Siehe die Auswertung der länderspezifischen Empfehlungen in/nach der Corona-Pandemie Raignone/Aloisi, ETUI Policy Brief 2021.08; Raignone, An overview of the 2020-2021 country-specific recommendations (CSRs) in the social field, ETUI Background analysis 2020.01; Raignone, The 2022 Country Specific Recommendations in the social field: quo vadis, EU recovery?, ETUI Report 2022.08; s. auch Ladi/Tsarouhas, *Journal of European Integration* 42 (2020), 1041 ff.

⁶⁰ Vgl. Reuters, 19.5.2022 (Brüssel): “The European Commission is likely to propose on Monday keeping EU curbs on government borrowing suspended in 2023 amid great economic uncertainty and a sharp slowdown in growth caused by Russia’s invasion of Ukraine, officials said.”

⁶¹ Bekker, in: Vandenbroucke/Barnard/De Baere, *The European Social Union after the Crisis*, 2017, 251 (268 f.).

⁶² Siehe Fn. 62.

⁶³ Siehe Recovery-and-Resilience Facility (Next Generation EU), https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility_en (zuletzt am 20.5.2024).

⁶⁴ Vgl. Rödl/Callsen, *Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion: Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtecharta?*, 2015, 47 ff.

⁶⁵ Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der GRC bei den Memoranden EuGH 20.9.2016 – C-8/15 P Rn. 67 – Ledra Advertising Ltd. Jarass, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 51 Rn. 17; NK-GA/Heuschmid, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 51 Rn. 8; dagegen zu den Empfehlungen im Rahmen des ESM EuGH 20.9.2016 – C-105/15 P, Rn. 48 – Mallis; a. A. Antpöhler *ZaöRV* 72 (2012), 353 (362 ff.); Bryde, *SR* 2012, 2 (3 ff.); Gröpl, *Der Staat* 52 (2013), 1 (16 ff.); EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 51 Rn. 28 ff.; Seifert, *SR* 2014, (26 ff.).

V. Europäisches Arbeitsrecht als Ausgestaltung einer sozialen Marktwirtschaft

1. Europäische soziale Marktwirtschaft – Europäisches Sozialmodell

Ein dritter Strang des europäischen Arbeitsrechts ist als proaktive Sozialpolitik entstanden. Nicht selten war es eine Rechtssetzung nach Wirtschaftslage mit Blick auf das politisch Machbare.⁶⁶ Diese Herangehensweise erreichte pragmatische und vielfach zielführende Ergebnisse, hatte aber nur eine begrenzte Strahlkraft.

Bereits in den 1990er Jahren ging die Europäische Kommission davon aus, dass ein Europäisches Sozialmodell besteht.⁶⁷ Das erweckt den Eindruck einer einheitlichen europäischen Vorstellung oder gar Verwirklichung von Sozialstaatlichkeit und steht in Kontrast zu den tatsächlichen Verhältnissen.⁶⁸ Die Mitgliedstaaten haben ihre historisch gewachsenen Sozialstaaten höchst unterschiedlich ausgestaltet und sind nicht in der gleichen Lage (z. B. bei der Lohngestaltung, hinsichtlich der Rolle der Sozialpartner, der Ausgestaltung der Sozialversicherung und Sozialhilfe). Ein Europäisches Sozialmodell i. S. eines kohärenten Konzepts für das Zusammenleben in Bezug auf die Arbeitsbeziehungen, die soziale Sicherheit und die Daseinsvorsorge besteht nicht. Das ist mit einer Teilharmonisierung und der offenen Koordinierung im Sozialrecht auch nicht erreichbar. Zudem fehlt der Europäischen Union in zentralen Bereichen des Arbeitsrechts die Kompetenz zur Harmonisierung (z. B. Kündigungsrecht, Entgelt⁶⁹ und Entgeltfortzahlung). Die starke Vereinheitlichung beim Gesundheitsschutz und im Antidiskriminierungsrecht allein ist kein Europäisches Sozialmodell im eigentlichen Sinne. Das Antidiskriminierungsrecht hat sich ohnehin zu einem eigenen Politikfeld entwickelt (vgl. Art. 19 AEUV), das im Arbeitsrecht aber eine besonders intensive Wirkung hatte.

Seit dem Vertrag von Lissabon im Jahr 2007 hat die Europäische Union eine soziale Marktwirtschaft zum Ziel – ein Binnenmarkt mit nachhaltiger Entwicklung, ausgewogenem Wirtschaftswachstum und Preisstabilität, mit Vollbeschäftigung bei ausreichendem Erwerbseinkommen und sozialem Fortschritt (Art. 3 Abs. 3 EUV). Diese Zielstellung geht über die seit 1997 bestehenden Regelungen zur Sozialpolitik hinaus (vgl. Art. 8, 9 AEUV, Art. 19, 151 ff.

⁶⁶ Barnard, *Current Legal Problems* 67 (2014), 199 (222).

⁶⁷ European Commission, White Paper on social policy, 27.7.1994, COM(94) 333, Rn. 3; Commission Communication, 'Employment and Social Policies: A Framework for Investing in Quality' (COM(2001) 313, 5. Zum unterschiedlichen Verständnis eines Europäischen Sozialmodells de Búrca, in: de Búrca (Hrsg.), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, 2005, 1 (2 ff.); Giddens, *Turbulent and Mighty Continent: What Future for Europe?*, 2014, 89 ff.

⁶⁸ Zum Bestehen eines Europäischen Sozialmodells verneinend Rebhahn, *RdA* 2009, 159 ff.

⁶⁹ Zur Kompetenz für die Richtlinie (EU) 2023/2041 z. B. Eichenhofer, *AuR* 2021, 148 ff.; Franzen, *EuZA* 2024, 3 (4 ff.) ders. *ZfA* 2021 157 162 ff., 169 ff., 172 f.; Garben, in: Ratti/Brameshuber/Pietrogianni (Hrsg.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages*, 2024, 119 ff.; Sagan/Witschen/Schneider, *ZESAR* 2021, 103 (104 ff.); Schubert, *FS Säcker*, 2022, 167 (169 ff.).

AEUV) und wird durch die sozialen Grundrechte in der Grundrechtecharta ergänzt. Wegen des sog. Laval-Quartetts und der 2010 eingetretenen Staatsschuldenkrise mit gravierenden Eingriffen in das Arbeitsrecht in Griechenland, Spanien, Portugal, Irland und Zypern war die Hoffnung auf ein soziales Europa massiv erschüttert.

Einen Neustart für ein soziales Europa markiert die durch die Europäische Kommission unter der Leitung von Jean-Claude Juncker ausgearbeitete Europäische Säule sozialer Rechte. Ihre feierliche interinstitutionelle Proklamation durch die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und den Rat erfolgte 2017 anlässlich des 60. Jahrestages der Verträge von Rom. Im Kern ging es vor allem um ein Restatement, um eine Selbstvergewisserung der Europäischen Union hinsichtlich ihrer sozialen Werte und Ziele.⁷⁰ Die Europäische Säule sozialer Rechte besteht aus einem dreiteiligen Katalog von 20 Rechten – diese betreffen (1) den Arbeitsmarktzugang, (2) die fairen Arbeitsbedingungen, (3) den sozialen Schutz und die Inklusion. Sie zielt nicht auf die transnationale Dimension der Europäischen Union, sondern auf die Sozialstaatlichkeit der Union und ihrer Mitgliedstaaten insgesamt.⁷¹ Diese Rechte waren ganz überwiegend bereits in der Grundrechtecharta, in der Gemeinschaftscharta der sozialen Rechte der Arbeitnehmer bzw. in der Europäischen Sozialcharta enthalten, sie wurden aber konsolidiert und zum Teil konkretisiert und ergänzt.⁷² Unter den Ergänzungen seien hervorgehoben: das Recht auf einen angemessenen Mindestlohn (Nr. 6), die Begründungspflicht bei Kündigungen (Nr. 7b) und der soziale Schutz für Selbständige (Nr. 12).

Diese Europäische Säule sozialer Rechte hatte politisch eine enorme katalysatorische Wirkung für die Sozialpolitik. Neben den Empfehlungen über den Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige⁷³ und der Errichtung der Europäischen Arbeitsagentur⁷⁴ stehen inzwischen eine Reihe von Richtlinien, auch wenn sich die Ursächlichkeit der Europäischen Säule sozialer Rechte nicht präzise bestimmen lässt.⁷⁵ Aus einer Governance Perspektive ergibt sich

⁷⁰ Eichenhofer, ZESAR 2018, 401 (406).

⁷¹ Dazu Eichenhofer, ZESAR 2018, 401 (406).

⁷² Dazu Eichenhofer, ZESAR 2018, 401 (406); s. auch Brameshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (308).

⁷³ Empfehlung 2019/C 387/01 des Rates v. 8.11.2019 zum Zugang zum Sozialschutz für Arbeitnehmer und Selbständige, ABl. C 387 v. 15.11.2019, 1.

⁷⁴ Verordnung (EU) 2019/1149 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004, (EU) Nr. 492/2011 und (EU) 2016/589 sowie zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2016/344 (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 186 v. 11.7.2019, 21.

⁷⁵ Vgl. die Darstellung der Europäischen Kommission, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=en> (zuletzt am 20.5.2024) und des Rats der Europäischen Union, <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/social-rights-eu/>; dazu Hoffmann/Bazzani, ZESAR 2023, 461 (463 ff.); Kilpatrick, Transfer 2023, 203 (206 ff.); zur Kausalität Garben, Cambridge Yearbook of European Legal Studies (21) 2019, 101 (104 ff.).

die Legitimität für das Handeln der Europäischen Union vor allem daraus, dass das Regelungsvorhaben entweder (1) den bereits harmonisierten Bereich des Arbeitsrechts betraf (Nachweisrichtlinie, Entgelttransparenzrichtlinie)⁷⁶ oder (2) als Reaktion auf eine Krise erfolgte, die besser gemeinsam in der Europäischen Union überwunden wird (vgl. Maßnahmen zur Coronapandemie) bzw. (3) die Mitgliedstaaten übereinstimmend mit einem neuen Regelungsgegenstand oder Reformbedarf konfrontiert waren (Richtlinie zur Work-Life-Balance, Richtlinie zur Plattformarbeit)⁷⁷.

Dabei ist die Notwendigkeit oder – politikwissenschaftlich – die Legitimität bei der letzten Gruppe von Maßnahmen noch am geringsten. Die Europäische Säule sozialer Rechte soll zwar das Narrativ eines sozialen Rechte schützenden Europas begründen, wenn die Maßnahmen aber zu sehr in Konflikt mit dem nationalen Recht geraten, muss die Überzeugung bestehen, dass die Europäische Union besser als die Mitgliedstaaten regeln kann. Dass dies nicht automatisch mit der Europäischen Säule sozialer Rechte einhergeht, dokumentieren auch die schwierigen Verhandlungen über den Richtlinienentwurf zur Plattformarbeit. Der Konflikt um die Kriterien einer widerleglichen Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft hat dazu geführt, dass man sich am Ende nur darauf einigen konnte, dass es eine solche Vermutungsregelung als Instrument geben soll.

Maßnahmen außerhalb solcher Legitimationsmechanismen, wie die Mindestlohnrichtlinie⁷⁸, kamen zwar mit einer Mehrheitsentscheidung zustande. Ihre Ausgestaltung und die geringere Legitimität europäischen Handelns verursachen jedoch Konflikte mit einzelnen nationalen Sozialstaaten. Hierfür ist die dänische Nichtigkeitsklage wegen der mangelnden Kompetenz des Rates und des Europäischen Parlaments symptomatisch.⁷⁹ Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dokumentiert die Klage, dass der Konflikt mit den nationalen Sozialstaaten nicht nur bei der Verwirklichung des Binnenmarktes, sondern auch bei sozialpolitischen Maßnahmen zu Widerstand gegen die Europäische Union führt.

⁷⁶ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. EU L186 v. 11.7.2019, 105; Richtlinie (EU) 2023/970 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 10.5.2023 zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen, ABl. EU L132, 17.5.2023, 21.

⁷⁷ Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU, ABl. EU L188 v. 12.7.2019, 79; s. dazu Europäischen Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, 9.12.2021, COM(2021) 762 final.

⁷⁸ Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. EU L275 v. 25.10.2022, 33.

⁷⁹ Klage v. 18.1.2023 – C-19/23, ABl. C 104 v. 20.3.2023, 17 –Dänemark/EP und Rat.

Eine europäische soziale Marktwirtschaft – und ein europäisches Arbeitsrecht – hat sich somit immer nur mit Rücksicht auf die dezentrale Entwicklung im Mehr-Ebenen-System entwickelt. Die Mitgliedstaaten haben einen national geprägten Sozialstaat, so dass es einer spezifischen politischen Legitimität der Europäischen Union bedarf, um weitergehende Maßnahmen zu setzen. Insoweit kann sich durchaus ein die Europäische Union legitimierendes Narrativ⁸⁰, nämlich der Schutz sozialer Rechte, entwickeln. Das ist jedoch ein Prozess, der viele kleine Schritte notwendig macht. Sofern solche Maßnahmen intensive Konflikte mit dem nationalen Sozialstaat verursachen, insbesondere bei Kompetenz- oder Subsidiaritätskonflikten, können sie desintegrierende Wirkung haben. Das ist nicht notwendig ein Exit aus der Europäischen Union⁸¹, sondern auch die Blockade von Gesetzgebungsvorhaben bzw. das Verhindern konkreter Standards für den Sozialschutz.

Die Europäische Union wird ihre soziale Dimension auch in der Zukunft in der Vielfalt der Sozialstaaten entwickeln. Das ist kein Nachteil. Die Rechtsordnungen behalten dadurch ihre gewachsenen Strukturen, sie werden nicht von der etwas langsameren Rechtssetzung in der Europäischen Union abhängig, wenn schnelle Anpassungen erforderlich sind und können auch dezentral die Zielsetzungen der Europäischen Union verfolgen. Diese Einheit in Vielfalt verlangt aber eine adäquate Gestaltung und Auslegung des Sekundärrechts. Rahmenvorgaben und Leitlinien sind daher vielfach zielführender als detaillierte Vorgaben (z. B. Richtlinie 1999/70/EG, Richtlinie 97/81/EG; Richtlinie [EU] 2022/2041). In diesem Zusammenhang entfaltet auch die Europäische Säule sozialer Rechte eine (begrenzte) rechtliche Wirkung (siehe V.2). Zusätzlich verstärkt wird diese Entwicklung eines sozialen Europa durch die sozialen Grundrechte (siehe V.3). Der EuGH hat wiederholt durch seine Rechtsprechung das Unionsrecht verstärkt, so dass sich ein vollständiges Bild erst ergibt, wenn ihre rechtliche Wirkung auf die Sozialpolitik mitgedacht wird.

2. Europäische Säule sozialer Rechte – ihre Wirkung auf das Arbeitsrecht.

a) Unverbindliche Empfehlung und Rechtserkenntnisquelle

Die Europäische Säule sozialer Rechte ist in ihrer politischen Wirkung nicht zu unterschätzen⁸² – rechtlich handelt es sich allerdings um eine unverbindliche Empfehlung, so dass sie keine Rechte einräumt. Das galt zunächst für die erste Fassung der Säule, die von der Europäischen

⁸⁰ Zürn (Fn. 15), 62.

⁸¹ Eine sozialpolitische Analyse zum Brexit Barnard, in: Vandenbroucke/Barnard/De Baere (Hrsg.), A European Social Union after the Crisis, 2017, 477 ff.

⁸² „politischer Oberbegriff“ Lörcher, AuR 2017, 387 (391); „gemeinsames sozialpolitisches Programm“ Becker, ZÖR 2018, 525; vgl. aber die Arbeitsunterlage der Kommission, SWD (2017) 201 final, die die Umsetzung beschreibt und von einem Gelten der Grundsätze ausgeht (S. 4).

Kommission proklamiert wurde (Art. 288 Abs. 5 AEUV).⁸³ Die interinstitutionelle Zusammenarbeit, die schließlich 2017 zur gemeinsamen Proklamation der Europäischen Kommission, des Europäischen Parlamentes und des Rates führte, erlaubt nach Art. 295 S. 2 AEUV weitergehende Vereinbarungen, der Text über die Europäische Säule sozialer Rechte enthält jedoch keine Aussage zu ihrer Verbindlichkeit.⁸⁴ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Kommissionsbegründung, wonach die Europäische Säule mehr Rechte gewähren soll. Gleichzeitig wird erklärt, dass sie der Umsetzung durch die Europäische Union bzw. der Mitgliedstaaten bedarf.⁸⁵ Insofern handelt es sich trotz der Bezeichnung um Soft Law.⁸⁶

Die Unverbindlichkeit macht die Europäische Säule sozialer Rechte aber nicht rechtlich bedeutungslos. Sie konkretisiert die Ziele der Europäischen Union aus Art. 3 Abs. 3 EUV, sie beeinflusst die Zwecksetzung von Sekundärrechtsakten⁸⁷ und erlangt darüber Einfluss auf deren Auslegung⁸⁸. Daneben hat der EuGH Empfehlungen in anderen Zusammenhängen bereits zur Auslegung des Unionsrechts herangezogen.⁸⁹ Das erfasst dann auch die nationalen Rechtsakte, die der Transformation des Sekundärrechts dienen.⁹⁰ Entscheidend ist dabei, dass die Europäische Säule als unverbindliche Empfehlung nur dann bei der Auslegung „zu berücksichtigen“ ist, wenn der Rechtsakt selbst auf sie Bezug nimmt.⁹¹ Ansonsten würde der Empfehlung durch die Hintertür Verbindlichkeit zukommen.

Darüber hinaus sind nationale Rechtsakte, die direkt – ohne den Zwischenschritt eines Sekundärrechtsaktes – der Umsetzung der Europäischen Säule sozialer Rechte dienen, mit Rücksicht

⁸³ Empfehlung (EU) 2017/761 der Kommission vom 26.4.2017 zur europäischen Säule sozialer Rechte, C (2017) 2600 final, ABI EU L 113 v. 29.4.2017, 56.

⁸⁴ Vgl. Nr. 12, 14 in der Präambel der Europäischen Säule sozialer Rechte.

⁸⁵ Vgl. Nr. 12, 14 in der Präambel der Europäischen Säule sozialer Rechte.

⁸⁶ Aranguiz, EJSS 2019, 309 (349); Becker, ZÖR 2018, 525 (538); Brameshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (309); Garben, EuConst 2018, 210 (217); Garben, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 21 (2019), 101 (104); Rogowski, IJCompLL 2019, 283 (298); Seiwerth, IJCLL 2023, 237 (238). Zur Bezeichnung als Säule sozialer „Rechte“ daher kritisch Lörcher, AuR 2017, 387 (391).

⁸⁷ Vgl. Verweis auf die Europäische Säule sozialer Rechte in Erwägungsgrund 5 der Richtlinie (EU) 2023/2041; in Erwägungsgründen 2, 3, 27, 36, 39 der Richtlinie (EU) 2019/1152; s. auch Erwägungsgrund 3 im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, KOM(2021) 762 endg.

⁸⁸ Undogmatische Einordnung als „Plattform“ Becker, ZÖR 2018, 525 (530).

⁸⁹ EuGH 26.1.2021 – C-422/19 u.a., ECLI:EU:C:2021:63, Rn. 48 – Dietrich, Häring; dazu Brameshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (309); Garben, EuConst 2018, 210 (218); s. auch zur Auslegung der Empfehlung durch den Gerichtshof EuGH 13.12.1989 – C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, Rn. 9 – Grimaldi; 21.1.1993 – C-188/91, ECLI:EU:C:1993:24, Rn. 18 – Deutsche Shell.

⁹⁰ EuGH 13.12.1989 – C-322/88, ECLI:EU:C:1989:646, Rn. 18 – Grimaldi; 21.1.1993 – C-188/91, ECLI:EU:C:1993:24, Rn. 18 – Deutsche Shell; dazu Brameshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (309); abl. Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 97.

⁹¹ Gegen die „unvermittelte“ Auslegung von Rechtsakten anhand von Empfehlungen wie bei der richtlinienkonformen Auslegung wegen ihrer Unverbindlichkeit vgl. Streinz/W. Schroeder, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 288 Rn. 131.

auf deren Aussagen auszulegen. Hierfür bedarf es aber einer inhaltlichen Bezugnahme des nationalen Gesetzgebers. Anders als bei der Umsetzung von Richtlinien, die für den Mitgliedstaat verpflichtend ist, besteht keine vergleichbare Pflicht zur Umsetzung der Europäischen Säule sozialer Rechte. Insofern können auch bereits bestehende nationale Arbeitnehmerschutzgesetze – anders als bei neuen Richtlinien⁹² – nicht für die Zukunft nach Maßgabe der Europäischen Säule ausgelegt werden.

b) Kein inhaltliches Aufladen sozialer Grundrechte

Für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestanden schon vor der Europäischen Säule sozialer Rechte mehrere Ordnungen von sozialen Menschenrechten: der Internationale Pakt für wirtschaftliche und soziale Rechte, die Europäische Sozialcharta und Grundrechtecharta sowie die unverbindliche Gemeinschaftscharta für soziale Rechte der Arbeitnehmer. Ihr Verhältnis zur Europäischen Säule sozialer Rechte haben die Organe bei deren Proklamation nicht vollständig geklärt.⁹³ Für das europäische Arbeitsrecht ist die unverbindliche Europäische Säule sozialer Rechte aber nur Impulsgeber für die Rechtssetzung, sie kann die Auslegung der Grundrechtecharta nicht beeinflussen. Das lässt sich an zwei Beispielen illustrieren:

Die Grundrechtecharta enthält – anders als die Europäische Sozialcharta⁹⁴ – nach herrschender Auffassung kein Recht auf einen angemessenen Mindestlohn.⁹⁵ Art. 31 Abs. 1 GRC verweist zwar in seiner Überschrift auf „angemessene Arbeitsbedingungen“, das spiegelt sich aber nicht im eigentlichen Normtext wider, der „gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen“ garantiert und somit vor allem die physische und psychische Integrität sowie den Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer sicherstellen soll. Auch die Erläuterungen des Konventspräsidiums zu Art. 31 Abs. 1 GRC verweisen gerade nicht auf das Recht auf einen angemessenen Mindestlohn in Art. 4 Nr. 1 ESC als Vorlage.⁹⁶ Darüber kann sich die Europäische Säule sozialer Rechte als

⁹² EuGH 4.7.2006 – C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, Rn. 116 – Adeneler; EUArbRK/Höpfner, 5. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 48.

⁹³ Kritisch dazu Eichenhofer, ZESAR 2018, 401 (406).

⁹⁴ Vgl. Art. 4 Nr. 1 RESC; vgl. dazu Digest of the caselaw of the European Committee of Social Rights, 2022, 72 f.

⁹⁵ Ausführlich zu Art. 31 Abs. 1 GRC Brameshuber, in: Ratti/Brameshuber/Pietrogrivanni (Hrsg.), The EU Directive on Adequate Minimum Wages, 2024, 119 (133 ff.); EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 31 Rn. 12; Ashiagbor, EHRLR 2004, 62 (69); Holoubek/Lienbacher/Kröll, GRC, 2. Aufl. 2019, Art. 30 Rn. 23; Jarass, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 31 Rn. 7; aA HK-GA/Klein, 2. Aufl. 2023, GRC Art. 31 Rn. 22; NK-EuGRCh/Hüpers/Reese, 5. Aufl. 2019, Art. 31 Rn. 26; Stern/Sachs/Lang, GRCh, 2016, Art. 31 Rn. 10; Zimmer, ZESAR 2018, 151 (152 f.).

⁹⁶ Siehe Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. EU C303 v. 14.12.2007, 17 (26); zur ablehnenden Diskussion bei der Erarbeitung der GRC s. Dokument CONVENT 18, 27.3.2000; CONVENT 34, 16.5.2000; dazu EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 31 Rn. 12.

unverbindlicher Teil des Unionssekundärrechts nicht hinwegsetzen.⁹⁷ Eine daran angelehnte Auslegung des Art. 31 Abs. 1 GRC widerspräche der Rechtsquellenhierarchie. Die Europäische Säule kann als Empfehlung zwar politische Impulse auch in Bereichen setzen, in denen keine sozialen Grundrechte bestehen oder sogar Kompetenzen fehlen. Sie artikuliert eine wünschenswerte Konvergenz, ohne sie erzwingen zu können.

Nichts anderes gilt für das Recht auf Schutz vor ungerechtfertigten Entlassungen. Art. 30 GRC ist zwar ein subjektives Recht⁹⁸, aus dem sich eine Schutzpflicht des Staates ableiten lässt⁹⁹. Die weitere Ausgestaltung bleibt aber den zuständigen Rechtssetzungsorganen überlassen. Die Europäische Säule sozialer Rechte, die ein Recht der Arbeitnehmer vorsieht, für die Kündigung eine Begründung zu erhalten, kann dies jedenfalls nicht verbindlich mit Primärrechtsqualität festlegen.¹⁰⁰ Sie legitimiert auch keine dementsprechende Auslegung des Art. 30 GRC. Daher hat der EuGH am 20.2.2024 zu Recht nicht auf Art. 30 GRC, sondern auf Art. 47 GRC zurückgegriffen, um eine Begründungspflicht für die Kündigung abzuleiten.¹⁰¹ Eine solche Begründungspflicht kann aber immer nur im Anwendungsbereich der GRC bestehen und führt keineswegs zur Einführung einer allgemeinen Begründungspflicht. Im Ergebnis bleibt die Europäische Säule sozialer Rechte insoweit nur ein Ziel für das weitere politische Handeln der Europäischen Union.

Abschließend sei darauf verwiesen, dass das Unionsprimärrecht neben der Grundrechtecharta allgemeine Grundsätze kennt (Art. 6 Abs. 3 EUV). Darin waren die Grundrechte verankert, bis die Grundrechtecharta in Kraft trat.¹⁰² Sie haben heute eine ergänzende Funktion und erfassen vor allem Rechtsstaatsprinzipien wie den Vertrauensschutz.¹⁰³ Insofern ist es grundsätzlich

⁹⁷ Im Ergebnis, aber zurückhaltend wegen der möglichen Erweiterung durch den EuGH Brameshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (314 f.).

⁹⁸ Kovács, Ein europäisches Grundrecht auf Kündigungsschutz. Art. 30 GRC, 2022, 80 ff.; Holoubek/Lienbacher/Kröll, GRC, 2. Aufl. 2019, Art. 30 Rn. 8; Schlachter/Lehnart, EuZA 2022, 431 (437 f.); EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 30 Rn. 2; a. A. Calliess/Ruffert/Krebbler, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, GRC Art. 30 Rn. 2; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Knecht, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, GRC Art. 30 Rn. 6.

⁹⁹ Vgl. dazu Kovács, Ein europäisches Grundrecht auf Kündigungsschutz. Art. 30 GRC, 2022, 87 f.; Schlachter/Lehnart, EuZA 2022, 431 (437); EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 30 Rn. 18.

¹⁰⁰ Auf die Gefahr einer entsprechenden Rechtsprechung des EuGH verweisend Brameshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (312); Hendrickx, in: Hendrickx/de Stefano (Hrsg.), Game Changers in Labour Law, 2019, 49 (60).

¹⁰¹ EuGH 20.2.2024 – C-715/20, ECLI:EU:C:2024:139 Rn. 77 ff. – K.L.

¹⁰² Dazu EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, EUV Art. 6 Rn. 17.

¹⁰³ Z.B. EuGH 25.1.1979 – C-98/78 Rn 20 – Racke; 25.1.1979 – C-99/78 Rn. 8 – Decker. Dazu Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 2.2 Rn. 11, 13.

möglich, die sozialen Grundrechte der GRC durch allgemeine Rechtsgrundsätze zu ergänzen.¹⁰⁴ Hierfür genügt eine als Recht gekennzeichnete Aussage in der unverbindlichen Säule sozialer Rechte indes nicht. Etwas anderes gilt, soweit alle Mitgliedstaaten übereinstimmend an soziale Rechte durch internationale Konventionen gebunden sind bzw. ein solches soziales Recht anerkennen. Damit aus Letzterem ein allgemeiner Rechtsgrundsatz erwächst, genügt aber nicht die Übereinstimmung des einfachen Rechts, sondern es bedarf der einhelligen Anerkennung als ein Grund- bzw. Menschenrecht. Das ist z. B. bei dem Recht auf angemessenen Mindestlohn gerade nicht der Fall, weil nicht alle Mitgliedstaaten die Nr. 1 des Art. 4 ESC ratifiziert haben.¹⁰⁵

c) Kompetenz für Sekundärrechtsakte

Die Europäische Säule sozialer Rechte enthält in ihrem Text keine Aussagen zu den Kompetenzen der Europäischen Union für ihre Umsetzung. Die Erwägungsgründe, die Präambel und die Kommissionsbegründung gehen aber davon aus, dass die Unionsorgane bzw. die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Kompetenzen handeln müssen.¹⁰⁶ Daher können die begrenzten Einzelermächtigungen im AEUV nicht nach Maßgabe der Säule ausgelegt werden. Außerdem dient nicht jede Maßnahme zur Umsetzung der Säule der Kohäsion und Konvergenz¹⁰⁷ in der Europäischen Union. Aus Art. 174, 175 Abs. 3 AEUV ergibt sich daher keine „Reservekompetenz“ für Umsetzungsakte. Das Gleiche gilt für Art. 122 AEUV.

Die Europäische Säule sozialer Rechte hat ein unionsrechtliches Verständnis von Sozialstaatlichkeit aufgezeigt, ohne generell darauf zu zielen, den Rückstand der am stärksten benachteiligten Regionen zu verringern. Solche Maßnahmen können zur Umsetzung der Säule ergriffen werden. Das gilt insbesondere für den Next-Generation-EU-Fonds für Wiederaufbau- und Resilienzmaßnahmen. Allerdings lässt sich nicht jede Maßnahme zur Umsetzung der Säule so einordnen, wie etwa die Mindestlohnrichtlinie zeigt, für die manche wegen der Zweifel an der

¹⁰⁴ von der Groeben/Schwarze/Hatje/Beutler, EUV/AEUV/GRCh, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 6 Rn. 23; Dutheil de la Rochère, CMLR 2004, 345 (354); Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Aufl. 2023, § 2.2 Rn. 13.

¹⁰⁵ Keine Ratifikation durch Bulgarien, Estland, Finnland, Lettland, Litauen, Polen, Tschechien und Zypern.

¹⁰⁶ Vgl. Präambel Nr. 12, 14; siehe auch die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Einführung einer europäischen Säule sozialer Rechte, 26.4.2017, SWD(2017) 201 final; Zur Notwendigkeit des Handelns der Mitgliedstaaten Becker, ZÖR 2018, 525 (537); Bramshuber, FS Pfeil, 2022, 307 (309).

¹⁰⁷ Zum Begriff der Kohäsion und der Konvergenz Becker, in: Becker/Lippert (Hrsg.), Handbuch Europäische Union, 869 (870); Calliess/Ruffert/Peuker, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 174 Rn. 1; Dörr, Die europäische Kohäsionspolitik, 2017, 131 ff.; Rossi, in: Niedobitek (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 1 ff.

Kompetenz des Rates und des Europäischen Parlaments auf Art. 175 Abs. 3 AEUV verweisen¹⁰⁸. Die Richtlinie zielt aber auf die Entwicklung eines allgemeinen Mindeststandards, nicht auf die Annäherung der Mitgliedstaaten mit sehr niedrigen Löhnen an die Hochlohnländer. Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie (EU) 2022/2041 verpflichtet nur zur Orientierung an den Referenzwerten des jeweiligen Mitgliedstaates.

Im Ergebnis bleibt es dabei, dass die Europäische Union durch eine konstitutionelle Asymmetrie gekennzeichnet ist.¹⁰⁹ Ihre Ziele und ihre Beschreibung als Wertegemeinschaft durch die Grundrechtecharta oder die Europäische Säule sozialer Rechte gehen über ihre Kompetenzen hinaus. Sie bleibt darauf angewiesen, dass die Mitgliedstaaten auch ohne verbindliche Unionsrechtsakte die gemeinsamen Ziele verfolgen oder zusätzliche Kompetenztitel schaffen. Die Mindestlohnrichtlinie dokumentiert, dass die Existenz der Europäischen Säule sozialer Rechte ein Handeln in den Grenzbereichen der Unionsrechtskompetenzen provoziert und damit Nichtigkeitsklagen auslöst, die neben dem Kompetenzmangel auch die Missachtung der Subsidiarität geltend machen. Hierfür ist symptomatisch, dass auch die Erklärung von Porto zur strategischen Umsetzung der Europäischen Säule sozialer Rechte im Jahr 2021 die Kompetenzfragen nicht thematisiert, so dass zu erwarten ist, dass sich Kompetenzkonflikte erneut entstehen.

Am Ende müssen die Mitgliedstaaten entscheiden, ob sie eine stärkere Integration anstreben wollen. Hierfür muss die Europäische Union nachweisen, dass sie die Sachfrage besser regeln kann als die Mitgliedstaaten. Triebfeder für die Vertiefung der sozialpolitischen Zusammenarbeit waren wiederholt Krisen, die mehrere Mitgliedstaaten betrafen.¹¹⁰

3. Soziale Grundrechte – Arbeitsrecht als Menschenrecht

a) Verstärkung von Richtlinien durch soziale Grundrechte

Schon vor der Europäischen Säule sozialer Rechte hat vor allem die Grundrechtecharta die soziale Dimension in der Europäischen Union durch die sozialen Grundrechte verstärkt. Seit ihrem Inkrafttreten ist es für die Rechtsprechung des EuGH kennzeichnend, dass arbeitsrechtliche Gewährleistungen der Richtlinien – wie das Recht auf tägliche Ruhezeit oder der Anspruch auf Erholungsurlaub – sehr pauschal mit den grundrechtlichen Garantien aus Art. 31 Abs. 1 bzw. 2

¹⁰⁸ Garben, in: Ratti/Brameshuber/Pietroivanni (Hrsg.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages*, 2024, 25 (32 ff.).

¹⁰⁹ Dazu bereits Scharpf, *JCMS* 40 (2002), 645 ff.; Scharpf, *MPIfG Discussion Paper* 14/21, 2014.

¹¹⁰ Vgl. dazu die Maßnahmen im Rahmen der Corona-Pandemie z. B. Verordnung (EU) 2020/672 des Rates vom 19. Mai 2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den COVID-19-Ausbruch, *ABl. EU* L159 v. 20.5.2020, 1; Empfehlung (EU) 2022/2337 der Kommission vom 28. November 2022 über die Europäische Liste der Berufskrankheiten, *ABl. EU* L309 v. 30.11.2022, 12.

GRC gleichgesetzt werden, ohne bei der Ergebnisfindung präzise zu differenzieren, ob sie sich auf das Grundrecht oder die Richtlinie stützen. Beispiele hierfür sind die bekannten Rechtssachen CCOO, King, Bauer oder Max-Planck-Gesellschaft.¹¹¹

Dieses Vorgehen des Gerichtshofs intensiviert vor allem die effektive Richtlinienumsetzung, ohne eine horizontale Drittwirkung der Richtlinien allgemein anzuerkennen.¹¹² Richtlinien binden höchstens den staatlichen Arbeitgeber¹¹³, wenn sie hinreichend klar und bestimmt sind¹¹⁴. Diese Schwäche der Richtlinien kompensiert die gleichzeitige Anwendung des Grundrechts. Sein Anwendungsvorrang macht das entgegenstehende nationale Recht unanwendbar, sofern eine richtlinien- oder grundrechtskonforme Auslegung unmöglich ist.¹¹⁵ Damit hat das Grundrecht eine negative unmittelbare Drittwirkung im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien. Wenn man aus dem sozialen Grundrecht zusätzlich einen Anspruch gegen den Arbeitgeber ableitet, ist sogar eine positive unmittelbare Drittwirkung gewonnen.¹¹⁶

Die Grundrechte haben in den Händen des EuGH somit das Potential, die harmonisierende Wirkung der Richtlinie zu intensivieren und damit die Qualität der Rechtsquelle partiell zu überspielen. Dieses Grundlagenthema des Unionsrechts war schon vielfach Gegenstand wissenschaftlicher Diskussionen und soll hier nicht erneut aufgegriffen werden.¹¹⁷ Inzwischen zeigen sich erste Nuancierungen in der Rechtsprechung des EuGH. In den Rechtssachen Fraport

¹¹¹ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, Rn. 29, 43, 48 – CCOO, 29.11.2017 – C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, Rn. 56 – King; 6.11.2018 – C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 62 f., 92 – Bauer; 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 57, 61 – Max-Planck-Gesellschaft.

¹¹² Vgl. zuletzt EuGH 20.2.2024 – C-715/20, ECLI:EU:C:2024:139 Rn. 73 ff. – K.L.

¹¹³ EuGH 26.2.1986 – 152/84, ECLI:EU:C:1986:84, Rn. 48 f. – Marshall II; 14.7.1994 – C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, Rn. 22 – Faccini Dori; unabhängig davon, welcher Rechtsform sich der Staat zur Beschäftigung der Arbeitnehmer bedient, s. EuGH 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834, Rn. 27 – Keolis Agen.

¹¹⁴ St. Rspr. seit EuGH 5.4.1979 – 148/78, ECLI:EU:C:1979:110, Rn. 23 – Ratti; dazu Calliess/Ruffert/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 288 Rn. 54 ff. mwN.

¹¹⁵ EuGH 22.11.2005 – C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 77 f. – Mangold; 19.1.2010 – C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 54 f. – Küçükdeveci; 19.4.2016 – C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, Rn. 35 – DI; 17.4.2018 – C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 79 – Egenberger; 11.9.2018 – C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, Rn. 68 – IR; 6.11.2018 – C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 75, 86 – Bauer; 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 75 – Max-Planck-Gesellschaft; 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834, Rn. 24 – Keolis Agen; 20.2.2024 – C-715/20, ECLI:EU:C:2024:139 Rn. 70 ff. – K.L.

¹¹⁶ Vgl. hierfür EuGH 6.11.2018 – C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 85 ff. – Bauer; 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 51 – Max-Planck-Gesellschaft; 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834, Rn. 23 – Keolis Agen; kritisch Kamanabrou, RdA 2017, 162 (165 f.); Preis/Sagan/Mehrens/Witschen, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 8.3; Schubert, EuZA 2020, 302 (312 ff.).

¹¹⁷ Fischer, Die Horizontalwirkung der EU-Grundrechtecharta im Arbeitsrecht, 2023; Jarass, ZEuP 2017, 310 ff.; Perner, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 2013; Schlachter, ZESAR 2019, 53 ff.; EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2022, GRC Art. 51 Rn. 39 ff.; Schubert, EuZA 2020, 302 ff.; Seifert, EuZA 2015, 500 ff.; Stein, Drittwirkung im Unionsrecht, 2016.

und Keolis Agen aus 2022 bzw. 2023, die den Verfall von Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsansprüchen betrafen, hat der EuGH zwischen dem Grundrecht aus Art. 31 Abs. 2 GRC, das den Anspruch „verankert“, und Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG, der den Anspruch „konkretisiert“, unterschieden.¹¹⁸ Zudem wird klarer herausgearbeitet, dass der Verfall eine nach Art. 52 Abs. 1 GRC gerechtfertigte Grundrechtsbeschränkung ist bzw. sein muss.¹¹⁹

Diese Unterscheidung hat zur Folge, dass die Richtlinie nicht herangezogen wird, um das Grundrecht inhaltlich aufzuladen. So gibt Art. 31 Abs. 2 GRC gerade nicht vor, wie lange der bezahlte Mindesturlaub für Arbeitnehmer ist. Eine solche Konkretisierung ist weder anhand der völkerrechtlichen Rechtsquellen (Art. 2 Nr. 3 RESC – vier Wochen pro Jahr, Art. 3 Nr. 3 ILO-Konvention Nr. 132 – drei Wochen pro Jahr) noch anhand von Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG möglich.¹²⁰ Dieser Mangel an Konkretisierung besteht auch bei anderen sozialen Grundrechten, soweit sie Leistungsrechte garantieren.¹²¹

Art. 31 Abs. 2 GRC entfaltet daher seinen Anwendungsvorrang nur, wenn nicht nur ein Verstoß gegen die Richtlinie, sondern auch gegen das Grundrecht vorliegt. Damit sind beim Rechtsschutz vor dem EuGH drei Fallgruppen zu trennen: Erstens gibt es nationale Bestimmungen, die zwar im Zusammenhang mit der Richtlinienumsetzung stehen, aber Regelungen betreffen, die die Richtlinie von vornherein nicht harmonisieren wollte (z. B. ob die Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber wie nach § 7 Abs. 1 BUrlG oder durch Vereinbarung wie im österreichischen Urlaubsrecht nach § 4 Abs. 1 UrlG erfolgt), so dass ein Vorabentscheidungsersuchen unzulässig ist, weil es nicht um die Auslegung des Unionsrechts geht. Zweitens gibt es nationale Regelungen, die die Richtlinie ggf. unzureichend umsetzen, aber nicht gegen das Grundrecht verstoßen (z. B. gesetzlicher Mindesturlaub von weniger als vier Wochen), so dass nur das Entgegenstehen der Richtlinie festgestellt werden kann. Drittens bleiben solche Regelungen, die nicht nur die Richtlinie, sondern auch das Grundrecht verletzen und somit zur Unanwendbarkeit des nationalen Rechts führen, sofern es nicht grundrechtskonform ausgelegt werden kann (z. B. Verfall des Anspruchs auf entgeltlichen Erholungsurlaub ohne hinreichende Rechtfertigung i.S.

¹¹⁸ EuGH 2.9.2022 - C-518/20, ECLI:EU:C:2022:707, Rn. 25 f. – Fraport; 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834, Rn. 18, 27 – Keolis Agen.

¹¹⁹ EuGH 2.9.2022 - C-518/20, ECLI:EU:C:2022:707, Rn. 33 – Fraport; 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834, Rn. 45 – Keolis Agen; vgl. bereits EuGH 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 74 – Max-Planck-Gesellschaft.

¹²⁰ Schlachter, ZESAR 2019, 53 (56 f.); Schubert, EuZA 2020, 302 (311 f.); vgl. auch EuGH 8.9.2020 – C-119/19 P u.a., ECLI:EU:C:2020:676, Rn. 111 – Kommission/Carreras Sequeros; a. A. Peers/Hervey/Kenner/Ward/Bogg/Ford, The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Rn. 31, 58.

¹²¹ Vgl. Grabenwarter/v. Danwitz, Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 27 Rn. 64; Kamanabrou, RdA 2017, 162 (165 f.); Rambach/Rambach, ZTR 2018, 374; Seifert, EuZW 2013, 299 (304, 308 f.); vgl. auch Kokott, FS Schmidt, 2021, 991 (995 f.).

von Art. 52 Abs. 1 GRC). Diese Abstufungen lassen sich inzwischen auch in den Entscheidungen des EuGH wiederfinden.¹²²

b) Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts

Soziale Grundrechte sind heute ein wesentlicher Bestandteil vieler nationaler Rechtsordnungen sowie des Unionsrechts und des internationalen Rechts. Ihr Inhalt lässt sich in Europa nicht durch Sekundärrechtsakte aufladen, ohne gegen die Rechtsquellenhierarchie zu verstoßen.¹²³ In der Diskussion wird eine Verstärkung des Schutzes von Arbeitnehmerrechten zum Teil dadurch erstrebt, indem ihr Charakter als Menschenrecht postuliert wird. Grundlegende Rechte der Arbeitnehmer sind Menschenrechte, die in der Grundrechtecharta, im Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der EMRK und der Europäischen Sozialcharta erfasst sind. Das macht aber nicht das gesamte Arbeitsrecht zu einem Ausdruck der Menschenrechte. Die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts kann die mühsam errungenen Erfolge der Sozialpolitik nicht per se gegen Verschlechterungen schützen. Das führte zudem zu einer Petrifizierung von Standards, was in Krisensituationen die notwendige Anpassung erschwert. Das Ziel „sozialer Fortschritt“ schließt Krisen nicht aus, die (temporäre) Veränderungen erforderlich machen.

Nach dem Grundrechtsverständnis der Grundrechtecharta und der EMRK lassen sich Grundrechte ohnehin mit legitimen Gründen in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit einschränken.¹²⁴ Das gilt auch für die sozialen Rechte aus der Europäischen Sozialcharta, auch wenn der zuständige Ausschuss beim Europarat in der Regel ohne Rückgriff auf den in der Charta enthaltenen Schrankenvorbehalt entscheidet.¹²⁵ Für die Zukunft der sozialen Grundrechte ist es entscheidend, dass sich die Beurteilung dieser Grundrechte zwischen den zuständigen Gremien einander annähert. Ausdruck für die bestehende Divergenz ist die Äußerung des EGMR in seiner Entscheidung über die Zulässigkeit des Streikverbots für deutsche Beamte, dass er nach der EMRK und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entscheide.¹²⁶ Der Gerichtshof hat in der Vergangenheit andere internationale Rechtsquellen und die Spruchpraxis der zuständigen Ausschüsse bei der evolutiv-dynamischen Interpretation von Art. 11 EMRK berücksichtigt und

¹²² EuGH 9.11.2023 – C-271/22 u.a., ECLI:EU:C:2023:834, Rn. 31, 44 f. – Keolis Agen.

¹²³ Dazu EuGH 15.1.2014 – C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, Rn. 44 ff. – AMS; Jarass, ZEuP 2017, 310 (322); Kainer, EuZA 2018, 894 (895); Pötters, in: Preis Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 3.39, 3.41; EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 52 Rn. 32; a. A. Greif, Die Unanwendbarkeit richtlinienwidriger deutscher Arbeitsgesetze, 2016, 217.

¹²⁴ Vgl. Art. 52 Abs. 1 GRC; Art. 8 Abs. 2, 9 Abs. 2, 10 Abs. 2, 11 Abs. 2 EMRK.

¹²⁵ Vgl. jüngst Collective Complaint 5.7.2023 – No. 189/2020 – CFDT/Frankreich.

¹²⁶ EGMR 14.12.2023 – Nr. 49433/18 u.a., Rn. 101 – Humpert et al./Deutschland.

dadurch einen weitergehenden Grundrechtsschutz gewonnen¹²⁷, aber nur, soweit sie einen Konsens aufzeigen. Solche Dissonanzen zwischen den Gremien lassen Konflikte entstehen, die den Grundrechten und ihrer Gewährleistung am Ende schaden.

Für das übergeordnete Ziel, einen sozialen Rückschritt durch Krise zu verhindern, ist es erforderlich, wirtschaftliche Aktivitäten mit dem Ziel zu regulieren, gravierenden Krisen – wie die 2008 beginnende Finanzkrise – vorzubeugen. Die hierfür notwendigen Regelungen sind nicht Teil des Arbeits-, sondern des Wirtschaftsrechts. Ergänzend bedarf es einer Stärkung der Resilienz der Mitgliedstaaten. Das erfolgt derzeit auch aus Mitteln der Europäischen Union (Next Generation EU Fonds), muss aber langfristig aus eigenen Mitteln der Mitgliedstaaten erfolgen. Das wird durch das Social Scoreboard im Rahmen des Europäischen Semesters unterstützt. Weitergehend ließe sich ebenso wie in anderen Bereichen eine Zielvorgabe dahingehend entwickeln, dass ein bestimmter Teil des BIP für sozialstaatliche Maßnahmen verplant wird.

c) Wechselwirkung mit den Grundfreiheiten und unternehmerischer Freiheit

Die Grundrechtecharta stärkt nicht nur die Arbeitnehmerrechte, sondern setzt diesen, insbesondere durch Art. 16 GRC, zum Schutz der Unternehmen Grenzen.¹²⁸ Die erste Entscheidung hierzu war die Rs. *Alemo Herron*¹²⁹, die eine dynamische Bindung des Erwerbers einer Freizeiteinrichtung an den Tarifvertrag des Veräußerers betraf, obwohl er dem zuständigen Arbeitgeberverband nicht beitreten konnte. Der EuGH sah darin eine Verletzung des Wesensgehalts der unternehmerischen Freiheit.¹³⁰ Die Kritik an der Entscheidung hat nicht immer berücksichtigt, dass der Gerichtshof – ebenso wie der Grundrechtskonvent – begrifflich eher einen sog. relativen Wesensgehalt zugrunde legt, der sich vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht unterscheidet.¹³¹ Der Rückgriff auf Art. 16 GRC war konsequent. Eine Grundrechtecharta, die Freiheitsrechte garantiert und alle Wirtschaftsakteure erfasst, schützt auch Unternehmen. Völkerrechtlich war die Europäische Sozialcharta zwar Vorlage für einen Teil der sozialen Grundrechte der Grundrechtecharta, ihre Konzentration auf soziale Rechte schließt es aber nicht aus, dass ein Grundrehtedokument, das einen holistischeren Ansatz verfolgt – wie die Grundrechtecharta – auch gegenläufige Grundrechte garantiert.

¹²⁷ EGMR 14.12.2023 – Nr. 49433/18 u.a., Rn. 101 – Humpert et al./Deutschland; siehe grundlegend EGMR 12.11.2008 – 34503/98, Rn. 85 – Demir und Baykara/Türkei.

¹²⁸ Dazu EuGH 21.12.2016 – C-201/15, ECLI:EU:C:2016:972, Rn. 89 f. – AGET Iraklis.

¹²⁹ EuGH 18.7.2013 – C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 – *Alemo Herron*; s. auch EuGH 27.4.2017 – C-680/15 u.a., ECLI:EU:C:2017:317 – *Asklepios*.

¹³⁰ EuGH 18.7.2013 – C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 35 f. – *Alemo Herron*; bestätigend EuGH 27.4.2017 – C-680/15 u.a., ECLI:EU:C:2017:317, Rn. 22 f. – *Asklepios*.

¹³¹ Dazu EUArbRK/Schubert, 5. Aufl. 2024, GRC Art. 52 Rn. 44 ff.; s. auch Kainer, EuZA 2014, 230 (235 ff.).

Der Rekurs des EuGH auf die sozialen Grundrechte und das Heranziehen der Grundfreiheiten und des Grundrechts auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC fügen sich – bei aller berechtigten Kritik an den einzelnen Entscheidungen – zu einem Ganzen. Mit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta ist die Europäische Union zu einer Wertegemeinschaft geworden, die anders als das Grundgesetz nicht nur Freiheitsrechte, sondern auch soziale Grundrechte anerkennt. Beide sind nach Maßgabe von Art. 52 Abs. 1 GRC beschränkbar, was den notwendigen Ausgleich zwischen konfligierenden Interessen bewirkt.¹³² Der Gerichtshof muss insofern die Grundrechte beider Arbeitsvertragsparteien in Bedacht nehmen, was in der Vergangenheit in seinen Entscheidungen nicht immer geglückt ist.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich die hier postulierten Entwicklungsfelder des europäischen Arbeitsrechts nachweisen lassen. Sie beruhen auf unterschiedlichen Legitimitätsnarrativen: Der gemeinsame Binnenmarkt und damit einhergehende Transnationalität verlangt nach Regelungen, die durch die Europäische Union als supranationalem Gebilde besser geschaffen werden können als von den Mitgliedstaaten. Für die Sozialpolitik entwickelt sich nur allmählich ein Narrativ, dass die Europäische Union Garant sozialer Rechte ist. Insofern besteht eine Konkurrenz zu den nationalen Sozialstaaten, die größere Entwicklungsschritte verhindert. Das macht die Europäische Union nicht weniger sozial, sondern sie ist insofern die Summe des Unionsrechts und des nationalen Rechts. Eine weitergehende Harmonisierung im Rahmen der Sozialpolitik bedarf für die Mitgliedstaaten eines überzeugenden Grundes.

VI. Europäisches Arbeitsrecht und seine Transformation – Zusammenwirken im europäischen Gerichtsverbund

Dieses Wechselspiel zwischen dem Unionsrecht und dem mitgliedstaatlichen Recht wird durch einen weiteren Akteur in besonderem Maße forciert: den EuGH. Die Effektivität der Harmonisierung wird vielfach entscheidend durch den EuGH bestimmt, der damit zugleich nationale Sonderwege einhegt. Zentrale Entwicklungsschritte, die für das gesamte Unionsrecht Wirkung entfalten, haben auch das Arbeitsrecht betroffen und sollen hier nur aufzählt werden: (1) der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, (2) die Weiterentwicklung der Grundfreiheiten vom

¹³² EuGH 29.1.2008 – C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, Rn. 63 ff. – Promusicae; 27.3.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, Rn. 46 – UPC Telekabel Wien; 29.7.2019 – C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, Rn. 53 – Funke Medien; 17.12.2020 – C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031, Rn. 65 – Centraal Israëlitisch Consistorie van België u.a.; 26.4.2022 – C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 66, 99 – Polen/Parlament und Rat.

Diskriminierungsverbot zum Behinderungsverbot sowie (3) die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten auf sog. intermediäre Gewalten, zu denen auch die Sozialpartner zählen.

Charakteristische Konfliktlinien zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten ergeben sich bei einer signifikanten Differenz zwischen dem im Mitgliedstaat etablierten Arbeitnehmerschutzrecht und dem Richtlinienrecht. Insoweit muss der EuGH die Harmonisierung unterstützen und die Mitgliedstaaten sollten selbstkritisch ihr nationales Recht hinterfragen. Vermeidbare Konflikte entstehen aber aus der Art der Kooperation im europäischen Gerichtsverbund. Beides sei hier am Beispiel erläutert.

1. Stärkung der Konvergenz durch Richtlinienauslegung

Die Richtlinienauslegung, die für das europäische Arbeitsrecht zentral ist, ist vor allem vom Richtlinienzweck getragen. Dieser bestimmt eine Mindestharmonisierung und lässt insofern Raum für nationale Eigenarten. Die Richtlinien verwenden aber in der Regel originär unionsrechtliche Begriffe; zu den treibenden Begriffen des europäischen Arbeitsrechts gehört z. B. der europäische Arbeitnehmerbegriff¹³³, der vom EuGH (vermeintlich) auch dann zur Anwendung gebracht wird, wenn die Richtlinien ausdrücklich auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff bzw. das nationale Verständnis vom Arbeitsvertrag verweisen (z. B. Befristungsrichtlinie, Teilzeitrichtlinie, Leiharbeitsrichtlinie, Mutterschutzrichtlinie). Für das deutsche Arbeitsrecht führte dies dazu, dass insbesondere Fremdgeschäftsführer und die wie Arbeitnehmer tätigen Vereinsmitglieder in den Arbeitnehmerschutz einzubeziehen sind.¹³⁴ Zudem sind Richter, Beamte und Soldaten mit Arbeitnehmern gleichzustellen.¹³⁵ Diese Rechtsprechung stieß stets auf Kritik und galt als Kompetenzüberschreitung.¹³⁶ Diesen Konflikt überspielt der Unionsgesetzgeber inzwischen, indem er – wie zum Beispiel in Art. 1 Abs. 2 Nachweisrichtlinie (Richtlinie [EU] 2019/1152) und in Art. 2 Work-Life-Balance-Richtlinie (Richtlinie [EU] 2019/1158) – bei der Beschreibung des persönlichen Anwendungsbereichs an den Verweis auf das nationale

¹³³ Vgl. zum europäischen Arbeitnehmerbegriff in Art. 45 AEUV st. Rspr., EuGH 3.7.1986 – C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 17 – Lawrie Blum; 19.6.2014 – C-507/12, ECLI:EU:C:2014:2007, Rn. 35 – Saint Prix; 1.10.2015 – C-432/14, ECLI:EU:C:2015:643, Rn. 22 – Bio Philippe; Junker, EuZA 2016, 184 (186 ff.); EUArbRK/Steinmeyer, 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 45 Rn. 11 ff.

¹³⁴ EuGH 11.11.2010 – C-232/09, ECLI:EU:C:2010:674 – Danosa; 9.7.2015 – C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455 – Danosa.

¹³⁵ Zur Einbeziehung der Beamten z. B. EuGH 13.9.2007 – C-307/05, ECLI:EU:C:2007:509 – Del Cerro Alonso; 16.9.2010 – C-149/10, ECLI:EU:C:2010:534 – Chatzi; 22.12.2010 – C-444/09, ECLI:EU:C:2010:819 – Gaviero Gaviero; 8.9.2011 – C-177/10, ECLI:EU:C:2011:557 – Rodado Santana; 1.3.2012 – C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110 – O'Brien; 9.7.2015 – C-177/14, ECLI:EU:C:2015:450 – Regojo Dans; 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883 – Ruhrlandklinik.

¹³⁶ Vgl. Junker, EuZA 2016, 184 (197 f., 204); Kerwer/Just, EuZA 2016, 62 (66); Krebber, EuZA 2017, 3 (12, 18); Morgenbrodt, ZESAR 2017, 17 (19 ff.); Preis/Morgenbrodt, EuZA 2017, 418 (423 ff.); Temming, SR 2016, 158 (165); Wank, EuZW 2018, 21 (23); ders., EuZA 2023, 22 (31); a. A. Brose, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 13.20 ff.

Verständnis vom Arbeitsvertrag anfügt, dass auch „die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu berücksichtigen ist“.

Selbst bei einem Verweis der Richtlinie auf das nationale Recht kommt dem Mitgliedstaat keine umfassende Definitionshoheit hinsichtlich des Arbeitsvertrages zu.¹³⁷ Den Mitgliedstaaten ist aufgegeben, die Vorgaben der Richtlinie mit Rücksicht auf das Richtlinienziel im nationalen Recht umzusetzen. Hierfür wird ihnen der Rückgriff auf das nationale Verständnis des Arbeitsvertrages oder Arbeitsverhältnisses erlaubt. Das führt aber zu Umsetzungsdefiziten, wenn ein Mitgliedstaat Personen nicht als Arbeitnehmer behandelt, obwohl das Richtlinienziel für sie gleichermaßen einschlägig ist und keine andere äquivalente Regelung besteht.¹³⁸ Beispielsweise besteht die Gefahr der Schlechterstellung atypischer Beschäftigter in Teilzeit nicht nur bei Arbeitnehmern, sondern auch bei Beamten und Richtern.¹³⁹ Blicke es beim nationalen Begriffsverständnis, würde das Richtlinienziel aufgrund nationaler Eigenarten nur unvollständig verwirklicht, ohne dass ein sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung besteht. Das widerspricht dem Gleichheitssatz aus Art. 20 GRC, der nicht nur die Unionsorgane, sondern auch die Mitgliedstaaten bei der Transformation der Richtlinie daran hindert, ohne sachlichen Grund vergleichbar arbeitende Personen ungleich zu behandeln.¹⁴⁰

Es gehört zu den Ungenauigkeiten dieser Rechtsprechung, dass der Verweis auf den Gleichheitssatz, der auch vor Inkrafttreten der GRC als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt war, regelmäßig fehlt und damit nicht deutlich wird, dass es sich nicht nur um eine teleologische Interpretation der Richtlinie, sondern auch um eine systemkonforme Auslegung mit Rücksicht auf das Primärrecht handelt.¹⁴¹ Der Konflikt mit dem nationalen Recht resultiert somit daraus, dass die Mitgliedstaaten den Sozialschutz nicht immer konsequent ausgestalten. Das zwingt nicht zu einer Erweiterung des nationalen Arbeitsrechts auf diese Beschäftigtengruppen, aber zur Schaffung eines vergleichbaren Rechtsstandards für diese Personen. Wo der Gesetzgeber

¹³⁷ Vgl. EuGH 1.3.2012 – C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110, Rn. 34 ff., 44 – O’Brien; Schlussanträge GA Kokott v. 17.11.2011 – C-393/10, ECLI:EU:C:2011:746, Rn. 43 ff. – O’Brien.

¹³⁸ Zur EuGH 1.3.2012 – C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110, Rn. 34 ff., 44 – O’Brien; 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, Rn. 29, 36, 43 – Ruhrlandklinik Schlussanträge GA Kokott v. 17.11.2011 – C-393/10, ECLI:EU:C:2011:746, Rn. 43 ff. – O’Brien; EUArbRK/Kolbe, 5. Aufl. 2024, RL 2008/104/EG Art. 3 Rn. 3; Schubert, ZESAR 2020, 147 (149); Wank, EuZW 2018, 21 (25 f.); vgl. auch Calliess/Kahl/Puttler, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU, 6. Aufl. 2022, EUV Art. 4 Rn. 119 f.

¹³⁹ EuGH 1.3.2012 C-393/10, ECLI:EU:C:2012:110, Rn. 34 – O’Brien.

¹⁴⁰ EUArbRK/Kolbe, 5. Aufl. 2024, RL 2008/104/EG Art. 3 Rn. 3; Schubert, ZESAR 2020, 147 (149 f.); vgl. auch Wank, EuZW 2018, 21 (25). Die (Un-)Gleichbehandlung berücksichtigend EuGH 17.11.2016 – C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883, Rn. 37 – Ruhrlandklinik.

¹⁴¹ Schubert, ZESAR 2020, 147 (149 f.).

inaktiv ist, bleibt allerdings den zur Unionstreue verpflichteten Gerichten nichts anderes als eine richtlinienkonforme Auslegung, soweit sie zulässig ist.

2. Richtlinieninterpretation im europäischen Gerichtsverbund

Exemplarisch und zugleich symptomatisch für ein weiteres Problem ist die Arbeitszeitrichtlinie. Sie kennt nur die Kategorien Arbeitszeit und Ruhezeit, was die Einordnung von Bereitschaftsdiensten und Rufbereitschaften notwendig macht. Nach den ersten Entscheidungen zum Bereitschaftsdienst in den Rechtssachen Simap, Jaeger und Pfeiffer¹⁴², blieb vor allem die Einordnung der Rufbereitschaft, bei der sich der Arbeitnehmer nicht am Arbeitsort aufhält, streitig. Dabei geht es hier nicht um das Ergebnis der einzelnen Entscheidungen, sondern um das Agieren des EuGH im europäischen Gerichtsverbund¹⁴³. Im Allgemeinen verweist der Gerichtshof immer darauf, dass die Anwendung des Unionsrechts auf den Einzelfall Sache der nationalen Gerichte sei. Als er in der Rechtssache Matzak jedoch entschied, dass eine Rufbereitschaft eines Feuerwehrmannes, der im Einsatzfall in acht Minuten am Stützpunkt sein muss, Arbeitszeit ist¹⁴⁴, war klar, dass dem EuGH eine Fülle weiterer Einzelfälle vorgelegt werden.

Arbeiten im Gerichtsverbund heißt, Arbeit (und „Macht“) zu teilen. Sache des EuGH ist es, über die Auslegung des Unionsrechts zu entscheiden (Art. 19 Abs. 3 lit. b EUV). Sofern abstrakte Rechtsbegriffe der Konkretisierung bedürfen, sollten Fallgruppen auf mittlerer Konkretisierungshöhe gebildet werden, die Wertmaßstäbe herausarbeiten und die Beurteilung des Einzelfalles den nationalen Gerichten überlassen. Eine solche Fallgruppenbildung ist für Gerichte nicht unvertraut. Auch der EuGH hat sich am 9.3.2021 durch zwei Entscheidungen der Großen Kammer im Arbeitszeitrecht Luft verschafft (Rs. Radiotelevizija Slovenija, Rs. Offenbach am Main).¹⁴⁵ Danach sei Rufbereitschaft nur dann im vollen Umfang Arbeitszeit, „wenn eine Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalles (...) ergibt, dass die dem Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeit auferlegten Einschränkungen von solcher Art sind, dass sie seine

¹⁴² EuGH 3.10.2000 – C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528 – SIMAP; 9.9.2003 – C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 – Jaeger; 5.10.2004 – C-397/01 u.a., ECLI:EU:C:2004:584 – Pfeiffer.

¹⁴³ Zur judicial co-operation Micklitz, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU*, 2005, 11 ff., 425 ff.; Weiler, *Comparative Political Studies* 26 (1994), 510 ff.; Sciarra, in: Sciarra (Hrsg.) *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice*, 2001, 1 ff.; Slaughter/Stone Sweet/Weiler, *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in Its Social Context*, 1997; vgl. auch Barnard/Sharpston, *CMLR* 1997, 1113 ff.

¹⁴⁴ EuGH 21.2.2018 – C-518/15, ECLI:EU:C:2018:82 – Matzak.

¹⁴⁵ EuGH 9.3.2021 – C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182 – Radiotelevizija Slovenija; 9.3.2021 – C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183 – Stadt Offenbach am Main; fortführend EuGH 11.11.2021 – C-214/20, ECLI:EU:C:2021:909, Rn. 58 – Dublin City Council.

Möglichkeiten, (...) die Zeit (...) frei zu gestalten (...), objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigen“.¹⁴⁶ Dieser Maßstab wird zu unterschiedlichen, in Grenzfällen sogar zu gegensätzlichen Entscheidungen führen. Diese Einheit in Vielfalt ist aber für das Zusammenwirken in der Union unumgänglich und praktikabel, vorausgesetzt der Entscheidungsmaßstab umfasst die maßgebenden Wertungsgesichtspunkte. Die Notwendigkeit diesen Maßstab mit Kenntnis von den Fällen zu ergänzen oder zu verfeinern, spricht nicht gegen diese Methode.

Auch der Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch der Arbeitnehmer aus Art. 7 Richtlinie 2003/88/EG hätte etwas mehr Sinn für das Handeln im Gerichtsverbund gutgetan. Seit 2009 liegen zu dieser überschaubaren Regelung 38 Entscheidungen des EuGH vor. Gefühlt ist kaum ein Stein auf dem anderen geblieben. Dabei hätten sich folgende zentrale Fragen extrahieren lassen: 1.) Ist der entgeltliche Erholungsurlaub nur eine Arbeitsschutzmaßnahme oder auch ein eigenständiger Entgeltanspruch, der unabhängig von der Verwirklichung des Arbeitsschutzes besteht? 2.) Unter welchen Voraussetzungen ist das Erlöschen oder die Verweigerung des Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruchs eine unzulässige Versagung des Urlaubsanspruchs? Es wäre für die Gerichte und die Arbeitsvertragsparteien eine enorme Entlastung gewesen, wenn im Rahmen der Auslegung des Unionsrechts zügig das Verständnis des Urlaubsanspruchs geklärt und Wertungsgesichtspunkte für die notwendigen Fallgruppen entwickelt worden wären. Die entscheidende Frage lautet: Wie erreicht man das hier präferierte Vorgehen?

Die Interpretation des Unionsrechts ist die eigentliche Aufgabe des EuGH nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV und Art. 267 Abs. 1 AEUV. Die von den nationalen Gerichten oft (verdeckt) gestellte Frage nach der Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht ist an sich kein zulässiger Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens.¹⁴⁷ Zudem handelt es sich nur um eine Fortsetzung des nationalen Rechtsstreits, was nicht das eigentliche Ziel des Vorabentscheidungsersuchens ist.¹⁴⁸ Dem begegnet der Gerichtshof (zu) großzügig damit, dass er darüber entscheidet, ob eine Norm, wie die im Vorlageverfahren streitige, den Vorgaben des Unionsrechts gerecht wird.¹⁴⁹ Dabei entstehen Entscheidungssätze, die sehr einzelfallorientiert sind. Das ist zwar teilweise durch das hermeneutische Herangehen bedingt, das jeder Rechtsfindung

¹⁴⁶ EuGH 9.3.2021 – C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182, Rn. 66 – Radiotelevizija Slovenija; 9.3.2021 – C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183, Rn. 61 – Stadt Offenbach am Main.

¹⁴⁷ EuGH 12.12.1996 – C-74/95 u.a., ECLI:EU:C:1996:491, Rn. 21 – X; 23.4.2009 – C-378/07 u.a., ECLI:EU:C:2009:250, Rn. 66 – Angelidaki; 18.11.2020 – C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932, Rn. 29 – Syndicat CFTC.

¹⁴⁸ Dazu Micklitz (Fn. 143), 426 f.

¹⁴⁹ EUArbRK/Höpfner, 5. Aufl. 2024, AEUV Art. 267 Rn. 11; vgl. auch EuGH 12.12.1996 – C-74/95 u.a., ECLI:EU:C:1996:491, Rn. 21 – X; 23.4.2009 – C-378/07 u.a., ECLI:EU:C:2009:250, Rn. 66 – Angelidaki; 8.9.2022 – C-263/21, ECLI:EU:C:2022:644, Rn. 26 ff. – Ametic.

eigen ist. Sie entsteht im Angesicht der Sachverhalte. Das schließt das Herausarbeiten von Grundfragen aber nicht aus.

Beim Vorabentscheidungsersuchen stellt ein solches Vorgehen Anforderungen an den EuGH und an die nationalen Gerichte. Die nationalen Gerichte müssen den Kern der Rechtsfrage so herausarbeiten, dass klar wird, welche Aussage des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts wesentlich ist. Hierfür ist die Frage nach dem Entgegenstehen des Unionsrechts gegen eine nationale Norm nicht ideal. Erstens wird die Rechtsfrage nicht genau genug aufgearbeitet, zweitens provozieren die Mitgliedstaaten so Entscheidungen, die einzelfallspezifisch sind und damit die Gestaltungsspielräume stark einengen können. Folgefragen werden zudem nicht erkennbar.

Darüber hinaus besteht das Risiko, dass der Gerichtshof Regelfall und Ausnahme nicht erkennt. Als Beispiel seien die Rechtssachen King und Max-Planck-Gesellschaft zur Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers bei der Urlaubsgewährung genannt.¹⁵⁰ In beiden Fällen hat der Arbeitgeber den Beschäftigten nicht als Arbeitnehmer behandelt, so dass die Unsicherheit über das Bestehen von Arbeitnehmerrechten deren Geltendmachung behindert hat. Das gilt für einen Arbeitnehmer, der auch vom Arbeitgeber als solcher eingeordnet wird und nach Arbeitsvertragsschluss einen Nachweis über die wesentlichen Arbeitsbedingungen erhält, nicht in gleicher Weise. Einer Mitwirkungsobliegenheit für alle Arbeitsverhältnisse macht die Ausnahme zur Regel und ist insoweit unverhältnismäßig.

Die Ermittlung von zentralen Fragestellungen, die für das Verständnis des Unionsrechts entscheidend sind, setzt nicht nur die Kenntnis des Unionsrechts, sondern auch der nationalen Rechtsordnung voraus. Diese Notwendigkeit ergibt sich in einem teilharmonisierten Bereich des Unionsrechts – wie dem Arbeitsrecht – stärker als in Bereichen der Vollharmonisierung wie beim Wettbewerbsrecht. Bei der Darstellung des nationalen Rechts greift man zu kurz, wenn man nur das Gesetzesrecht, aber nicht die daraus entwickelte Rechtsprechung in den Blick nimmt, auch wenn die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen kein Case Law mit bindenden Präjudizien sind. Erst aus der Interpretation der Norm wird ihr Regelungsgehalt erkennbar.

Für eine Verbesserung der Rechtsprechung bei Vorabentscheidungsersuchen muss der Dialog zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten weiter gestärkt werden. In den letzten drei bis vier Jahren ist der Gerichtshof dazu übergegangen, den Mitgliedstaaten, die sich am Verfahren beteiligt haben, konkrete Fragen für die mündliche Verhandlung vorzulegen. Das kann

¹⁵⁰ EuGH 29.11.2017 – C-214/16, ECLI:EU:C:2017:914, Rn. 61 – King; 6.11.2018 – C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, Rn. 41 ff. – Max-Planck-Gesellschaft.

ein wesentlicher Schritt sein. Darüber hinaus ist es bei Vorabentscheidungsersuchen seit 2000 nach Art. 101 der Verfahrensordnung des EuGH möglich, das vorlegende Gericht um Klarstellung zu ersuchen. Praktisch wird dieses Instrument eher wenig genutzt. Es kann aber Missverständnisse verhindern und erlaubt das Herausarbeiten der zentralen Rechtsfrage für die justizielle Interpretation.

Zusätzlich könnte es hilfreich sein, dass zumindest in Verfahren, die teilharmonisiertes Recht betreffen, immer der Richter des betreffenden Mitgliedstaates am Verfahren beteiligt wird – auch wenn man ihm nur eine beratende Stimme gewähren sollte. Dieses Vorgehen hat sich beim EGMR als hilfreich erwiesen. Das abweichende Vorgehen beim EuGH sollte zwar die rein unionsrechtliche Herangehensweise des Gerichtshofs absichern und nationale Sonderwege versperren. Das wird einem Handeln im Gerichtsverbund aber nicht vollständig gerecht.

VII. Zusammenfassung

Das europäische Arbeitsrecht ist heute ein wesentlicher Teil der sozialen Marktwirtschaft in der Europäischen Union, auch wenn kein einheitliches europäisches Sozialmodell besteht. Die Europäische Säule sozialer Rechte ist ein Bekenntnis zu einem sozialen Europa und diente der Überwindung eines Mangels an politischer Legitimation sowie an Zielsetzung und forcierte die Regulierungspraxis. Neben die eher reaktive Entstehung des europäischen Arbeitsrechts als Folge des Binnenmarktes ist heute eine proaktive Sozialpolitik getreten. Die begrenzte Legitimität des Handelns der Europäischen Union und ihre begrenzte Einzelermächtigung sind jedoch Hindernisse für ihre Umsetzung.

Die Europäische Union wird ihre Rechtsgestaltung auch in der Zukunft in Abstimmung mit den nationalen Sozialstaaten vornehmen müssen. Politisch muss sie nachweisen, dass ihre Maßnahmen notwendig sind, weil sie die Sachfrage besser regeln kann als die Mitgliedstaaten. Maßgebende Triebfeder für die Vertiefung der sozialpolitischen Zusammenarbeit sind dabei häufig Krisen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen. Zudem können neue tatsächliche Entwicklungen den Mitgliedstaaten Anlass geben, von vornherein einheitlich vorzugehen. Bei der Sozialpolitik sollte die Europäische Union vor allem dann agieren, wenn es um Sozialstandards geht, für die bereits alle Mitgliedstaaten ohne Vorbehalt internationale Konventionen ratifiziert und sich somit auf einen einheitlichen Standard verständigt haben.

Europäisches Arbeitsrecht als Einheit aus den Unionsrechtsakten und ihrer Umsetzung in den Mitgliedstaaten ist und bleibt gekennzeichnet durch eine Vielfalt bei gemeinsamer Zielsetzung. Das ist bei der Rechtssetzung ebenso zu bedenken wie bei der Rechtsprechung. Das redet nicht

den nationalen Sonderwegen das Wort, sondern fordert eine Konzentration auf das Wesentliche, ohne das Ziel, eine soziale Marktwirtschaft zu schaffen, aus dem Auge zu verlieren.