

Europäisches Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Vertiefung und Subsidiarität.

Prof. Dr. Stefan Lunk / Dr. Nathalie Oberthür*

Im Rahmen des Europarechtlichen Symposions des Bundesarbeitsgerichts am 11./12. Juni 2026 in Erfurt traten die Autoren unter Moderation von Frau Richter in am BAG, Dr. Bettina Bubach, in einen Dialog, in dem die Perspektive der Rechtsanwender, wenn auch unter Berücksichtigung der „langen Linien“ der Rechtsdogmatik, praxisnah beleuchtet werden sollte.¹ Einigkeit bestand zwar über das Ziel, die Europäische Union auch im Rahmen des fachrechtlichen Bereichs weiter zu stärken. Teils kontrovers wurde jedoch diskutiert, ob der jeweils eingeschlagene Weg der Rechtssetzung und Rechtsauslegung der richtige sei oder ob nicht möglichen Fehlansätzen begegnet werden sollte, die anderenfalls zu einer Rechtsverdrossenheit der Normunterworfenen führen und dadurch die Akzeptanz der europäischen Rechtsordnung schwächen könnten.

Der Zweck des Rechts

Lunk nahm insoweit den Faden der vorangegangenen Ausführungen auf, mit denen der Vizepräsident des Gerichtshofs der Europäischen Union, *Professor von Danwitz*, und der für das Arbeitsrecht zuständige Richter im 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts, *Professor Dr. Eifert*, aktuelle unions- und verfassungsrechtliche Themen beleuchtet und dabei auch auf kompetenzielle Fragen rekurriert hatten. Lunk lud das Auditorium ein, nun gedanklich von der Brücke des arbeitsrechtlichen Schiffs in dessen Maschinenraum hinabzusteigen; die Vorredner hätten als Kapitäne sozusagen den Kurs des unionalen und nationalen Arbeitsrecht abgesteckt, doch nütze der beste Kurs nur wenig, wenn nicht die Menschen im Maschinenraum das Arbeitsrechts-Schiff am Laufen hielten. Er regte insoweit eine Rückbesinnung auf den Zweck des Rechts an. Mit *Rudolf von Jhering* gelte, dass das Recht dazu diene, „Interessen zu schützen, Konflikte auszugleichen, soziale Ordnung zu schaffen und wirtschaftliche Abläufe zu sichern. Normen müssen daher teleologisch ausgelegt und nach ihren realen Wirkungen beurteilt und angewendet werden.“

Arbeitnehmerbegriff im Spannungsfeld

Diesen Anforderungen werde bereits die zentrale Norm des Arbeitsrechts, der Arbeitnehmerbegriff in der Auslegung, die er durch die Gerichte erfahre, nicht mehr gerecht. Lunk verwies insoweit auf die historische Entwicklung. Eine Kodifikation des Arbeitnehmerbegriffs habe ursprünglich weder im nationalen noch im unionalen Recht bestanden. In Deutschland sei die Abgrenzung auf § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB gestützt worden. Im Unionsrecht habe sich der Gerichtshof in seinem *Danosa*-Judikat vom 11.11.2010² zwar an den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nach „Lawrie Blum“ angelehnt, doch kenne das Unionsrecht keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff, sondern stelle, ausgehend von Art 45 AEUV, auf den Zweck der jeweils anwendbaren Norm des Unionsrechts ab.³ In Deutschland gebe es mit § 611a BGB erst seit dem 1.4.2017 eine Definition desjenigen, der nach nationalem Recht Arbeitnehmer sei. Obgleich die Entscheidungen in der Rechtssache *Danosa* und deren Folge-Judikate bereits bekannt waren, sei diese Definition ohne Berücksichtigung der unionsrechtlichen Entwicklungen geschaffen worden. Dies sei für den zentralen Begriff des Arbeitsrechts bereits komplex genug; zudem gewinne die Dichotomie des nationalen und unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs durch die „Formelkompromisse“ jüngerer Richtlinien zusätzlich an Komplexität. So definiere bspw. Art. 2 Abs. 2 Entgelt-TRL den persönlichen Anwendungsbereich unter Hinweis auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff, ergänze dies jedoch um das Erfordernis der Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der

* Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg, Honorarprofessor an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Partnerin der Kanzlei RPO Rechtsanwälte in Köln.

¹ Der Dialog wurde im Interesse der besseren Lesbarkeit in einen Bericht umgewandelt und einige Fußnoten ergänzt.

² EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NZA 2011, 143.

³ Vgl. nur ErfK/Schlachter/Ulber, 26. Aufl. 2026, Art 45 AEUV Rn. 9 f.

Europäischen Union. Damit werde der Rechtsanwender letztlich im Unklaren gelassen, nach welchen Kriterien der Status als Arbeitnehmer tatsächlich zu bestimmen sei.

Noch komplexer werde die Beurteilung, wenn man die sozialrechtliche Definition des Arbeitnehmers berücksichtige. Während beide Begriffe ursprünglich weitgehend identisch gewesen seien, befände sich im Sozialrecht eine eher beitragsorientierte Interpretation der abhängigen Beschäftigung auf dem Vormarsch.⁴ Das führe zu einem Auseinanderdriften der Begriffe abhängiger Beschäftigung und zu teilweise kaum mehr nachvollziehbaren Entscheidungen, wie etwa der des LSG Schleswig-Holstein zu § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügigkeitsG: „Unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer aufhalten wollen... Der Arbeitnehmerbegriff des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG / EU ist weder im engeren nationalrechtlichen Sinne arbeitsrechtlich noch gar sozialrechtlich und damit auch nicht grundsicherungsrechtlich zu verstehen; er ist vielmehr ausschließlich im Lichte des Unionsrechts ... hier speziell im Sinne des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts auszulegen“.⁵ Dies sei kaum noch vermittelbar. Als Zwischenergebnis hielt Lunk deshalb fest, dass gegenüber dem Jhering'schen Anspruch bei dem zentralen Begriff des Arbeitnehmers nicht nur wenig Rechtssicherheit, sondern zunehmend ein unklares Nebeneinander vorherrsche.

Der nationale Gesetzgeber müsse deshalb handeln. Er habe jüngst beweisen, dass er dies könne, wenn er wolle – oder sich gezwungen sehe, etwa weil die Folgen gesetzgeberischer Untätigkeit (finanziell) vor allem die öffentliche Hand treffen würden. Der Vorgang um „Herrenberg“ sei ein beredtes Beispiel hierfür: durch die kurz nach der BSG-Rechtsprechung⁶ zur Statusbeurteilung von Lehrkräften eingeführte und mittlerweile ausgeweitete Neuregelung des § 127 Abs. 1 SGB IV trete Versicherungspflicht erst ab dem 01.01.2028 ein, wenn die Vertragsparteien bei Vertragsschluss übereinstimmend von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen sind und die Lehrkraft zustimmt. Auch die zügige Schaffung des § 2 Abs. 4 DRK-G nach der Erstreckung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts auf Rot-Kreuz-Schwes-tern durch den Gerichtshof der Europäischen Union⁷ zeige, dass der Gesetzgeber schnell zu handeln in der Lage sei. Im Interesse der Vermeidung negativer Auswirkungen auf die Patientenversorgung habe der Gesetzgeber die unionsrechtliche Rechtsprechung abgeschwächt, wenn auch mit einer Regelung, die weithin für unionsrechtswidrig gehalten würde⁸. Angesichts dieser Beispiele müsse sich die Legislative fragen lassen, weshalb sie in anderen Bereichen mit unstreitigem Handlungsbedarf untätig bleibe. Zu nennen seien dabei neben dem Arbeitnehmerbegriff insbesondere das praxisrelevante Urlaubsrecht, Massenentlassungen sowie das Recht der GmbH-Geschäftsführer. Die etwa 1,3 Mio. GmbHs in Deutschland, von denen ungefähr die Hälfte operativ tätig sei, stellten als Organisations- und Rechtsform den Transmissionsriemen der deutschen Wirtschaft dar. Man sollte daher meinen, der Gesetzgeber behandle diese Führungsriege zumindest legislativ mit besonderer Sorgfalt. Wer in diesem Segment beratend tätig sei, wisse jedoch, dass eher das Gegenteil der Fall sei; kaum etwas sei im Recht der GmbH-Geschäftsführer auch nur annähernd eindeutig. Das gelte für deren Urlaub, insbesondere in der Ausprägung der Rechtsprechung des EuGH,⁹ die Arbeitszeit, insbesondere die auf den Gesundheitsschutz zurückgeführte Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit,¹⁰ den Schwerbehinderten-Kündigungsschutz,¹¹ die Entgelttransparenz¹² und vieles mehr. Für GmbH-Geschäftsführer seien vor der Danosa-Entscheidung weder in der Kautelarpraxis noch in der Forensik deren Urlaub, Arbeitszeit, Kündigungsschutz oder die gerichtliche Zuständigkeit problembehaftet gewesen. Mittlerweile könnten sich nicht einmal BAG und BGH darauf verständigen, wie die ordentliche gesetzliche Kündigungsfrist

⁴ Vgl. Aktuell dazu nur Kalle NZS 2026, 561.

⁵ LSG S-H 11.11.2015 – L 6 AS 197/15 B ER.

⁶ BSG 28.6.2022 – B 12 R 3/20 R, NZS 2022, 860.

⁷ EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 Rn. 58.

⁸ MÜHdBArbR/Schüren, 6. Aufl. 2024, § 145 Rn. 30; Lembke/Fischels RdA 2021, 222 (225).

⁹ Lunk FS Preis, 2021, S. 811; Bayreuther NZG 2021, 140; Werner NZA 2025, 685.

¹⁰ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616; der vom BAG herangezogene § 3 Abs. 2 ArbSchG enthält wie das gesamte ArbSchG keine Bereichsausnahme für Organe, vielmehr gilt der unionsrechtliche Arbeitnehmer-Begriff.

¹¹ ErfK/Rolfs, 26. Aufl. 2026, § 168 SGB IX Rn. 3; Lunk ArbRB 2020, 90.

¹² LG Bochum 2.12.2025 – 17 O 56/24, NZA 2026, 277; Oberthür NJW 2017, 2228.

von GmbH-Geschäftsführern zutreffend zu bemessen sei.¹³ Durch das Agieren des EuGH und das Nicht-Agieren des Bundes-Gesetzgebers würden Probleme geschaffen, die es zuvor nicht gegeben habe – und die bis dato von den Betroffenen auch nicht als problematisch empfunden worden waren. Auch die „Feinheiten“ der sic-non-, et-et- und aut-aut-Rechtsprechung zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit¹⁴ verstehe kaum jemand – GmbH-Geschäftsführer jedenfalls nicht. Ebenso wenig könnten sie nachvollziehen, dass sie zwar unionsrechtlich Arbeitnehmer seien, für die gerichtliche Geltendmachung ihrer darauf gestützten Ansprüche die Gerichte allerdings zu prüfen hätten, ob der nationale Arbeitnehmer-Begriff erfüllt sei. Wer je versucht habe, einem GmbH-Geschäftsführer zu erklären, weshalb er zwar mit dem Kündigungsschutzantrag als sic-non-Fall zu den Arbeitsgerichten komme, nicht aber mit dem gleichzeitig eingeklagten Bonus, wisse, wovon die Rede sei. Es sei zudem auch für die angerufenen Gerichte nicht sinnvoll, derartige Vorüberlegungen zur Bestimmung der eigenen Zuständigkeit anstellen zu müssen. Mit einem Federstrich in der Festlegung der judikativen Zuständigkeiten ließen sich zahllose Rechtswegverfahren vermeiden. Auch dies wäre, ohne die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zu verletzen, ein Akt judikativen Bürokratie-Abbaus.

Damit schlug *Lunk* erneut den Bogen zu *Jhering* und warf die Frage auf, ob das Recht in diesem Bereich seinen Zweck erfülle, „Konflikte auszugleichen“. Er hielt die Konflikte in den dargestellten Bereichen für eher zusätzlich geschaffen, weshalb es dort auch an der notwendigen Akzeptanz der Normunterworfenen fehle. Dies trage am Ende zu einer gewissen „Rechtsmüdigkeit“ bei. Man könne dem zwar entgegenhalten, es gehe hier nur um die vergleichsweise kleine Gruppe der Organvertreter, doch griffe dies zu kurz. Er habe zahlreiche Fälle erlebt, in denen Führungskräfte nach der Aufklärung über die Rechtsfolgen nicht mehr Organ werden wollten: kein Arbeitnehmerschutz, unklare Gerichtszuständigkeit, kein Kündigungsschutz, kein Abmahnungserfordernis, all dies bei unbeschränkter persönlicher Haftung aus § 43 GmbHG. Er betonte, dass gesamtwirtschaftlich betrachtet diese Gruppe nicht aus den Augen verloren werden dürfe. Die Rechtsunsicherheit in der Statusbeurteilung sollte daher angegangen und nicht durch die Definition eines „nationalen Arbeitnehmerbegriffs unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH“ noch verkompliziert werden. Für GmbH-Geschäftsführer gebe es hinreichend Vorschläge, wie der Problematik begegnet werden könnte.¹⁵

Ungelöste Statusfragen

Auf *Bubachs* Nachfrage, ob es weitere Fälle gebe, in denen ungelöste Fragen zum Arbeitnehmerbegriff bestünden, wies *Oberthür* auf die Plattformrichtlinie hin, die bis Dezember 2026 in nationales Recht umzusetzen sei. Sie weise den Schwerpunkt der Statusabgrenzung der Steuerung und Kontrolle der Arbeit durch die Plattform zu, ohne dass geklärt sei, welches Gewicht diese Kriterien zusätzlich zu der Definition der Plattform selbst besäßen, die ja gerade dadurch gekennzeichnet sei, dass sie die Arbeit der Plattformbeschäftigten organisiere. Darüber hinaus gebe die Richtlinie in Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 vor, dass unter Berücksichtigung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs festgestellt werden solle, ob ein Arbeitsverhältnis nach nationalem Recht bestehe. Strenggenommen eröffne damit der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff in der Plattformökonomie den Zugang zu dem gesamten nationalen Arbeitsrecht, was nicht nur Gleichheitsfragen, sondern auch Fragen der unionalen Kompetenzzuständigkeit gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV aufwerfe. Es handele sich auch keineswegs um ein theoretisches Problem; Plattformarbeit gebe es nicht nur in den klassischen Bereichen der Fahr- und Lieferdienste, sondern auch in qualifizierter Wissensarbeit wie Rechtsberatung und Interim-Management.

¹³ § 621 BGB: BAG 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NZA 2020, 1179 Rn. 36 ff.; § 622 BGB analog: BGH 5.11.2024 – II ZR 35/23, NZG 2025, 663; aber auch die Literatur ist gespalten: Preis FS Lunk, 2025, 419 (426) und Henssler, ebenda, S. 173 (183) für das BAG; Oetker, ebenda, 407 (410) für den BGH.

¹⁴ Vgl. nur Horcher NZA 2020, 1433; H/W/K-Ziemann/Klug, 12. Aufl. 2026, § 48 ArbGG Rz. 23 ff.

¹⁵ Rolfs, Gutachten zum 74. DJT, I/B, 2024; Sagan NZA 2024, 1087 – neuer § 611b BGB; Höpfner, NZA 2024, 1081 – Abstellen auf Schutzzweck, nicht auf Status.

Zu begrüßen sei, dass der Unionsgesetzgeber davon abgesehen habe, den Mitgliedstaaten für die Vermutung des Arbeitnehmerstatus einen Kriterienkatalog vorzugeben. Der nationale Gesetzgeber müsse sich nun jedoch entscheiden, ob er einen eigenen Kriterienkatalog einführen wolle – was im Sozialversicherungsrecht schon einmal gescheitert sei – oder ob er eine allgemeine Vermutung zugunsten des Arbeitnehmerstatus in der Plattformökonomie einführen wolle. Dabei müssten allerdings auch besondere Beschäftigungsbereiche in den Blick genommen werden, etwa Plattformen, die die Grundrechte aus Art. 5 GG für sich heranziehen könnten und deren Freiheit in der Wahl freier oder abhängiger Beschäftigung bislang in weitem Rahmen geschützt war.¹⁶ Deren Grundrechtsschutz würde künftig auf die Ebene der Statuswiderlegung verlagert, wobei in der Statusbeurteilung des Gerichtshofs der Europäischen Union Art. 11 Abs. 2 GRC, soweit ersichtlich, bislang keine Rolle gespielt habe.

Notwendigkeit eines kohärenten Schutzsystems

Die Plattform-Richtlinie adressiere darüber hinaus ein Problem, das keineswegs nur in der Plattformökonomie bestehe. Die digitale Arbeit relativiere vielmehr ganz allgemein das Weisungsrecht der Arbeitgeberin als statusbegründendes Merkmal. Das BAG habe mit der crowd-worker-Entscheidung¹⁷ das Merkmal der Steuerung durch einen Anreiz ersetzt, der eine wirtschaftlich rentable Beschäftigung ermögliche, und damit letztlich auch auf die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten abgestellt. Dieses Merkmal habe aber bislang explizit nicht zu der Begründung des Arbeitnehmerstatus, sondern über das Recht der Arbeitnehmerähnlichen und der Heimarbeiter zu einem punktuellen arbeitsrechtlichen und durch die Einbeziehung in die gesetzliche Sozialversicherung zu einem sozialversicherungsrechtlichen Mindestschutz geführt. Sofern dieses Schutzbedürfnis künftig bei der Statusbeurteilung berücksichtigt werden solle, bestehe ein vergleichbarer Schutzbedarf auch außerhalb der Plattformökonomie. Die nur punktuelle Umsetzung der Richtlinie würde zu einer weiteren Zerfaserung führen. Insoweit sei geboten, ein in sich kohärentes System von Schutzmechanismen zu entwickeln, das sowohl die Vorgaben der Plattformrichtlinie erfülle als auch eine sachgerechte Regelung des nationalen und unionalen Arbeitnehmerbegriffs enthalte. Insbesondere müsste der Arbeitnehmerbegriff angesichts der zunehmenden Digitalität von Arbeit geschärft werden, was gleichermaßen für die Bestimmung der Begriffe des Betriebes und der Eingliederung gelte¹⁸.

Gegebenenfalls sei auch darüber nachzudenken, ob innerhalb des Arbeitnehmer-Rechts eine stärkere Differenzierung des Schutzniveaus anhand unterschiedlicher Schutzbedarfe geboten sei. In Reflexion zu der Ausgangsfrage sei darauf hinzuweisen, dass Arbeitnehmerschutzrecht das Korrelat zu der Steuerung abhängiger Beschäftigung durch die Arbeitgeberin sei, so dass ein rückläufiges Maß an Steuerung auch Rückschlüsse auf den notwendigen Umfang von Schutzmechanismen zulassen könnte. Angesichts einer historisch unvergleichbaren Diversität des Arbeitsmarktes nicht nur innerhalb der Union, sondern auch innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten könnte das Arbeitsrecht nicht nur in der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen, sondern auch in der Abgrenzung von Arbeitnehmergruppen untereinander verstärkt anhand der bestehenden Schutzbedarfe gestaltet werden. Exemplarisch zu nennen seien dabei etwa die Arbeitszeit und die Hinweisobliegenheiten bei GmbH-Geschäftsführern. Eine solche Ausdifferenzierung sei auch keineswegs neu; es gebe sie bereits jetzt bspw. in Beschäftigungsbranchen, in denen die Arbeitnehmer als besonders schutzbedürftig wahrgenommen würden.¹⁹

Oberthür wies ergänzend auf die Notwendigkeit hin, das Arbeitsrecht mit dem Sozialversicherungsrecht abzugleichen, um die Schutzsysteme kohärent zu halten. Dies gelte etwa bei der Umsetzung der Plattformrichtlinie, deren Vermutungswirkung auf das Sozialrecht erstreckt werden könne, aber nicht müsse.

¹⁶ MÜHdBArbR/Temming, 6. Aufl. 2024, § 19 Rn. 54 ff.

¹⁷ BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

¹⁸ BAG 28.1.2026 – 7 ABR 23/24, ArbRAktuell 2026, 87 m. Anm. Schuster.

¹⁹ Vgl. z. B. § 2 Abs. 1 Satz 6 NachweisG; § 1b AÜG; § 6a GSA Fleisch.

Noch mehr gelte dies aber im Rahmen des derzeitigen Reformvorhabens der „Neuen Selbständigkeit“,²⁰ die ebenfalls als Reaktion des Gesetzgebers auf die „Herrenberg-Rechtsprechung“ gewertet werden könne. Die Reform sehe vor, dass die (sozialversicherungsrechtliche) Abgrenzung selbständiger Tätigkeit von abhängiger Beschäftigung erleichtert werden solle, indem die bislang maßgeblichen Kriterien der Eingliederung und Weisungsgebundenheit explizit außer Betracht bleiben und stattdessen Faktoren wie Parteiwille, Vergütung und Unternehmerrisiko eine selbständige Tätigkeit begründen sollten. Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Statusbeurteilung solle dies nicht haben. Während die Definition abhängiger Beschäftigung im Arbeits- und Sozialrecht bislang weitgehend gleichlaufe, wenn auch mit graduell unterschiedlicher Bewertung, solle dieser Gleichlauf nun umgekehrt werden. Dadurch könnte es künftig Arbeitnehmer geben, die nicht sozialversicherungspflichtig sein müssten; hochrangige Interim-Manager wären sozialversicherungsfrei, unterfielen aber einer selbst-finanzierten Rentenversicherungspflicht ohne Beitragszuschuss. Dies entlaste die Unternehmen von Sozialkosten, gleichzeitig bliebe der Manager bei arbeitsrechtlicher Weisungsunterworfenheit an die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes gebunden. Das sei kein kohärentes System mehr.

Lunk warf ein, dass angesichts der geschilderten Beispiele eine Erosion der Akzeptanz des Rechts nicht ausgeschlossen sei. Man müsse dafür sorgen, die Normunterworfenen „mitzunehmen“. Ihn beschleiche bisweilen das Gefühl, wir säßen im Zug der Zeit und berauschten uns an rechtlichen Fragestellungen und deren oft überkomplexen Lösungen, wunderten uns dann aber darüber, dass der Blick aus dem Zugfenster viele auf dem Bahnsteig zurückgebliebene Passagiere erfasse, die lieber nicht einsteigen wollen, da ihnen bei Mitfahrt Probleme, aber keine Lösungen geliefert würden. Für *Habermas* sei die Akzeptanz von Normen ein zentraler Punkt gelungener Rechtsetzung. Es gebe aus jüngster Zeit vermehrt Beispiele, die zu einem wenigstens gefühlten Rückgang der Akzeptanz des Unions- aber auch des nationalen Rechts, geführt hätten. Dazu zählten einerseits die „methodische Großzügigkeit“ des EuGH und des BAG,²¹ andererseits das „Alleinlassen“ der Normunterworfenen und deren Berater oder die Schaffung neuer „Probleme“, die weder die Praxis noch die Rechtsprechung oder Gesetzgebung bislang als solche erkannt hätten. Akzeptanz des Rechts erfordere auch, dass der (nationale wie der unionale) Gesetzgeber das Recht so klar gestalte, dass es nicht erst nach jahrelanger Rechtsunsicherheit durch die Gerichte konkretisiert werden müsse. Oder, um erneut *Jhering* zu bemühen: „Der Gesetzgeber muss denken wie ein Philosoph, aber reden wie ein Bauer“.²²

Akzeptanzprobleme durch Rechtsunsicherheit

In diesem Zusammenhang verwies *Oberthür* auf Akzeptanzprobleme, die durch (vermeidbare) Rechtsunsicherheit entstehen könnten. So bleibe ohne eine gesetzliche Klarstellung in der Plattformarbeit unklar, welche Arbeitsbedingungen, etwa welche Arbeitszeit für das vermutete Arbeitsverhältnis gelten sollten. Notwendig wäre zudem ein Abgleich mit dem Nachweisrecht und der Frage, ob die Vermutungswirkung gleichzeitig den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit begründe. Das fehlende gesetzliche Sanktionssystem im Massenentlassungsrecht führe seit Jahrzehnten zu wechselhafter Rechtsprechung und zuletzt zwei Vorlageverfahren an den Gerichtshof, in deren Folge auch weiterhin offen bleibe, ob bei nur fehlerhafter Anzeige auch andere Rechtsfolgen als die Nichtigkeit der Kündigung möglich wären. § 17 KSchG müsse umfassend an die Rechtsprechung des Gerichtshofs angepasst werden.

Auch im Urlaubsrecht gebe der nationale Gesetzestext das geltende Recht seit vielen Jahren nicht mehr zutreffend wieder. Wer verstehe schon bei einem Blick in den Gesetzestext, welches Schicksal die Urlaubsansprüche bei Langzeiterkrankung nähmen, in welchem Verhältnis das Befristungsregime zu der Hinweisobliegenheit stehe und wie sich die Urlaubsansprüche bei wechselnder Arbeitszeit bemäßen. Im Betriebsübergangsrecht habe der Gerichtshof der Europäischen Union mit der Annahme der

²⁰ Entwurf vom 26.3.2026, abrufbar unter: https://table.media/assets/berlin/entwurf_statusreform.pdf 19.7.2026).

²¹ Exemplarisch Höpfer NZA 2023, 1.

²² Zitiert nach W. Herschel, JZ 1967, 727, 736.

Aufspaltung eines über mehrere Betriebsteile erstreckten Arbeitsverhältnisses auf mehrere Erwerber²³ eine Rechtsfolge geschaffen, die für die nationale Rechtsordnung nur dadurch beherrschbar werde, dass sie vor dem Betriebsübergang durch den gestalterischen Einsatz des Direktionsrechts vermieden werde. In der Entgelttransparenzrichtlinie schließlich habe der unionale Gesetzgeber den transparenzrechtlichen Entgeltbegriff aus dem Gleichheitsrecht entlehnt und die Rechtsanwender damit vor die kaum lösbare Frage gestellt, wie sich die Berichtspflichten der Unternehmen künftig zu der Abfindungspraxis des Unternehmens verhalten sollen.

Lunk räumte ein, dass es – auch methodisch – problematisch sei, anhand von derartigen Beispielen zu argumentieren. Wenn jedoch bei den Essentialia des Arbeitsrechts derart große Lücken herrschten, müssten Gesetzgeber und Justiz sich über die Kritik der Rechtspraxis nicht wundern. Man solle sich nicht damit abfinden, dass in zentralen Bereichen des Arbeits- und Arbeitsvertragsrechts maßgebliche Fragen teils seit Jahrzehnten ungeklärt sind und bleiben. Verbraucherschützer bekämen bereits Schnappatmung, würde eine Tafel Schokolade für mehr Geld weniger Inhalt aufweisen, ohne dass dies vorher kommuniziert wurde. Wenn indes gegenüber der größten Anzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern – den 46 Mio. Erwerbstätigen in Deutschland – die Rahmenbedingungen ihrer Beschäftigung derart intransparent gehalten würden, erzeuge dies kaum öffentliche Wahrnehmung.

Bubach führte nochmals zurück zu der vornehmlich aus Deutschland geäußerten Kritik am großzügigen Methodenverständnis des Gerichtshofs der Europäischen Union. *Oberthür* verwies insoweit darauf, dass der Gerichtshof für eine einheitliche Rechtsprechung und Auslegung innerhalb der gesamten Union verantwortlich sei, weshalb einerseits die durchaus methodenverliebten deutschen Befindlichkeiten auch einmal zurückzutreten hätten. Andererseits könne die Auslegungshoheit des Gerichtshofs zu einer mangelnden Begründung im Einzelfall und zu einer Über-Strapazierung des „effet utile“ verführen. Daraus ergäben sich nicht nur methodische Bedenken, vielmehr scheine auch die Grenze zwischen Rechtsfortbildung und politischer Rechtssetzung gelegentlich zu verschwimmen. Dabei sei nachvollziehbar, dass sich die Justiz bei gesetzgeberischer Untätigkeit in der gestalterischen Pflicht sehe. Bei grundlegenden Fragen des Arbeitsrechts – etwa der Arbeitszeit oder dem Urlaub – müsse jedoch ein Blick in das Gesetz genügen, um die Rechtslage zu erkennen. Bei dem Thema Arbeitszeit sei die Ausgangslage aus Sicht der Normunterworfenen zwar besser, da man dem ArbZG die maßgeblichen Parameter durchaus noch entnehmen könne. Doch auch auf diese dürfe sich der Rechtsanwender nicht ohne weiteres verlassen, da sie mit den unionsrechtlichen Vorgaben nur eingeschränkt in Einklang stünden. Es sei die gesetzliche Neuregelung abzuwarten, die eigentlich längst hätte vorliegen sollen.

Die Diskussion um die Arbeitszeit

Lunk ergänzte, dass ihn die Rechtsprechung des 1. Senats des BAG zur Aufzeichnungspflicht der Arbeitszeit²⁴ methodisch nicht überzeuge. Er habe aber Verständnis dafür, dass der Senat angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers und vor dem Hintergrund der CCOO-Entscheidung des EuGH²⁵ aktiv geworden sei. Besonders misslich finde er, ist dass der Gesetzgeber sehenden Auges durch bloßes Untätigbleiben eine Vielzahl von Arbeitgebern der Gefahr aussetze, Ordnungswidrigkeiten oder gar Straftaten zu begehen. Man könne dem zwar entgegenhalten, Arbeitgeber müssten lediglich ihrer Aufzeichnungspflicht nachkommen um Probleme zu vermeiden. Dies setze aber zu spät an. Denn zunächst sei zu klären, was zur Arbeitszeit zähle, wie man mit „Grenzbereichen“ umzugehen habe (man kenne die Beispiele: das Nachdenken unter der Dusche, der Flug zum Kunden, der über die Arbeitszeit-Höchstgrenze dauert, die Mail am Abend, die dann die 11-stündige Ruhezeit beginnen lässt), oder wer Leiten-der Angestellter iSv Art 17 der ArbZ-RL oder § 18 ArbZG sei. Es sei ein Leichtes, die Begriffe

²³ EuGH 26.3.2020 – C-344/18, NZA 2020, 503.

²⁴ BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616; kritisch auch Höpfer NZA 2023, 1.

²⁵ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683.

anzupassen, zumal das Abstellen auf § 5 Abs. 3 BetrVG in § 18 ArbZG wohl niemand mehr für gelungen halte. Jedenfalls im Bereich der „geistigen Arbeit“ stießen die Vorgaben des ArbZG an ihre Grenzen.

Man müsse in diesem Zusammenhang das Grünbuch der Kommission vom 22.11.2006 in Erinnerung rufen: *„Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“*. Auf S. 15 sei eine Frage gestellt worden, die bis heute nicht befriedigend beantwortet sei: *„Wie könnten Mindestanforderungen im Zusammenhang mit der Organisation der Arbeitszeit so geändert werden, dass sie sowohl zu mehr Flexibilität für Arbeitgeber und für Arbeitnehmer führen, als auch zu einem höheren Schutzniveau für die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer? Mit welchen Aspekten der Arbeitszeitorganisation sollte die Gemeinschaft sich vorrangig befassen?“* Man warte nun seit 20 Jahren auf die Antwort. Bisweilen scheine es, der Gesetzgeber lebe nicht schlecht damit – blieben doch staatliche Bereiche von den Folgen der Arbeitszeitdebatte unbehelligt. Dass nämlich Richterinnen und Richter Arbeitnehmer iSd Arbeitszeit-Richtlinie seien, habe der EuGH in der Rechtssache O’Brien²⁶ bereits im Jahre 2012 bestätigt. Das BVerwG²⁷ gehe demgegenüber noch im Jahre 2023 davon aus, dass für Richter keine messbare Arbeitszeit gelte; deren Arbeit würde vielmehr nach Pensen bemessen. Gewiss: die richterliche Arbeitszeit sei schwer zu fassen – doch wo liege der Unterschied zu anderen Wissensarbeitern? Das BVerwG problematisiere nicht einmal den unionsrechtlichen Rahmen. Zwar möge man die aus Art. 97 GG abzuleitende richterliche Unabhängigkeit argumentativ ins Feld führen. Die durch die Zustimmungsgesetze gemäß Art. 24 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 2 GG vermittelte Bindung des deutschen Richters an das primäre und sekundäre Europarecht einschließlich des ihm grundsätzlich zukommenden Anwendungsvorrangs vor deutschem Recht sei jedoch Teil der Gesetzesbindung nach Art. 97 Abs. 1 GG und beeinträchtige daher nicht die richterliche Unabhängigkeit.²⁸

Begreife man die Arbeitszeit zudem, wie auch der 1. Senat des BAG, als Teil des öffentlich-rechtlichen Gesundheitsschutzes, verschließe sich zusätzlich, weshalb man die Vorzüge des Arbeitszeitrechts nicht auch der Richterschaft zuerkenne. Lunk hielt diese Zweiteilung für problematisch: der Richter mit einer Eingruppierung in R1, für den das BVerfG ernsthaft zu der mangelnden Höhe der Richterbesoldung judizieren musste²⁹ solle insoweit weniger geschützt sein als Associates in Großkanzleien mit € 120.000 Einstiegsgehalt? Der Wissenschaftliche Dienst des Bundestags und das BVerfG sähen dies offenbar ebenfalls anders. Lunk zitierte aus der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages aus 2024:³⁰ *„Vor diesem Hintergrund konnte das Bundesverfassungsgericht auch bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden keine Gesundheitsgefahr feststellen. Ferner sind divergierende Arbeitszeiten von Beamten und Beschäftigten im öffentlichen Dienst nicht unüblich und verstoßen wegen des unterschiedlichen Status beider Gruppen nicht gegen den Gleichheitssatz in Art. 3 Absatz 1 GG (BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2008, 2 BvR 398/07, Rn. 9, 13). ... Eine etwaige Gesundheitsgefahr bei einer Arbeitszeit von 41 Stunden in der Woche sowie einer Tageshöchstleistungszeit von maximal 13 Stunden findet keine Stütze in der arbeitsschutzrechtlichen Literatur. Dem Gesetzgeber bleibt es mithin unbenommen, die Arbeitszeit innerhalb des rechtlichen Rahmens – auch unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben der EU-AZR – zu Ungunsten des Beamten zu verändern.“*

Lunk verwies auch auf die Universitäten mit ihren großzügigen Befristungsregeln gemäß WissZeitVG. Doch wie handhabten die Hochschulen die Arbeitszeit? Gerüchteweise gebe es Rundschreiben, nach denen zumindest das Aufzeichnen der Arbeitszeit nicht erforderlich sei – und zwar nicht nur für Professorinnen und Professoren, die möglicherweise den Begriff des Leitenden Angestellten nach Art. 17 der Arbeitszeit-Richtlinie erfüllten (aber wohl nicht den des § 18 ArbZG), sondern auch für wissenschaftliches Hilfspersonal. Er halte es insgesamt für problematisch, wenn auch nur der Eindruck entstünde,

²⁶ EuGH 1.3.2012 – C-393/10, NZA 2012, 313.

²⁷ BVerwG 12.1.2023 – 2 C 22/21, NJW 2023, 2294 Rn. 24.

²⁸ Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, GG, Stand Januar 2026, Art. 97 GG Rn. 114.

²⁹ BVerfG 4.5.2020 – 2 BvL 4/18, BeckRS 2020, 17216; BVerfG 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 u.a., NJW 2015, 1935.

³⁰ WD 6 - 3000 - 039/24.

der Staat schaffe für sich Regelungen, die er der Privatwirtschaft verschließe. Auch dies unterminiere das Vertrauen in die Rechtssetzung.

Zu dem „Spezialthema“ des Arbeitszeitrechts in der Anwaltschaft griff *Oberthür* ebenfalls die von *Lunk* aufgeworfene Frage der Ungleichheit auf. Während angestellte Wirtschaftsprüfer als vermeintlich leitende Angestellte gemäß § 45 WPO nicht dem Arbeitszeitgesetz unterstellt würden, gelte gleiches Recht nicht für angestellte Rechtsanwälte – was das BAG als nicht gleichheitswidrig angesehen habe.³¹ Dies überzeuge sie ebenso wenig wie die Unterscheidung zwischen Richtern und Rechtsanwälten, die beide Teil derselben Rechtsordnung und Organe der Rechtspflege seien. Den Ansatz, dass die Kontrolle von Arbeitszeit als Element des Gesundheitsschutzes von der Höhe des Gehalts abhängen soll, halte sie indes ebenfalls nicht für überzeugend. Vielmehr gebe die Richtlinie den geeigneten Gestaltungsrahmen vor: Die Belastung der Arbeit könne durch die Fähigkeit zu deren eigenverantwortlicher Gestaltung maßgeblich relativiert werden. Wer daher seine Arbeitszeit selbständig gestalten könne, benötige keine starren Grenzen. Gesundheitsschutz lasse sich bei autonomer Arbeit anders gestalten, etwa durch Obergrenzen in der Wochenarbeitszeit oder durch sachgerechte Ausgleichszeiträume. Auf diese Weise ließe sich auch die Ungleichbehandlung von Richtern und Rechtsanwälten auflösen.

Subsidiarität im arbeitsrechtlichen Alltag

Bubach leitete sodann über zu der Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im arbeitsrechtlichen Alltag. Laut *Oberthür* bedeute Subsidiarität im Verhältnis zur Union, dass auf europäischer Ebene nur diejenigen Themen geregelt werden sollten, die dort auch besser geregelt werden könnten. Die Union dürfe nach dem Prinzip der Subsidiarität gemäß Art. 5 Abs. 3 EUV nur tätig werden, wenn sie eine Aufgabe besser lösen könne als der einzelne Mitgliedstaat, oder wenn der Mitgliedstaat eine Aufgabe nicht ausreichend lösen könne. Zudem sollten nationale Strukturen ausreichend berücksichtigt werden. Ob dieser Grundsatz immer eingehalten werde, könne etwa mit einem beispielhaften Blick auf die Rechtsprechung zur Hinweisobliegenheit im Urlaub in Zweifel gezogen werden; hier weist die Richtlinie in Art. 7 Abs. 1 die Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung des Urlaubs explizit den Mitgliedstaaten zu. *Oberthür* gab ein weiteres Beispiel: Die Elternzeit-Richtlinie (EU) 2019/1158 normiere einen Vaterschaftsurlaub mit zehn bezahlten freien Tagen anlässlich der Geburt eines Kindes. Die Art. 20 Abs. 6 und Abs. 7 der Richtlinie befreiten einen Mitgliedsstaat jedoch von der Pflicht zur Einführung von Vaterschaftsurlaub, wenn er bereits über Elternurlaubsregelungen verfüge, die für jeden Elternteil eine mindestens sechsmonatige Elternzeit bei angemessener Vergütung vorsehen. Dies sei in Deutschland der Fall, wenngleich Elterngeld erst ab der Inanspruchnahme von zwei vollen Monaten Elternzeit gewährt werde. Durch Vorlagebeschluss vom 29.4.2026 habe das BVerwG dem Gerichtshof der Europäischen Union nun die (in Deutschland umstrittene³²) Frage vorgelegt, ob Deutschland neben der Elternzeit auch einen vergüteten Vaterschaftsurlaub gewähren müsse.³³ Würde diese Frage bejaht, könnte der Anreiz für die Inanspruchnahme der (kurzen) Vaterschaftstage den Anreiz einer mindestens zweimonatigen Elternzeit nach nationalem Recht relativieren und dadurch die Zwecksetzung einer gleichmäßigeren Aufteilung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben sowie des frühzeitigen Aufbaus einer engen Bindung zwischen Vätern und Kindern eher beeinträchtigen denn fördern.

Der Grundsatz der Subsidiarität werde in der Diskussion zudem häufig bemüht, wenn Rechtssetzung als allzu paternalistisch empfunden werde. In manchen Bereichen treffe dies zu, was an dem Beispiel der Schriftform des Nachweises der Arbeitsbedingungen veranschaulicht werden könne. Nach Einführung der Nachweis-Richtlinie habe es eine mehr als hitzige Debatte über die Beibehaltung der strengen Schriftform trotz formaler Erleichterung in der Richtlinie gegeben, um durch die Beibehaltung eines

³¹ BAG 29.6.2011 – 7 ABR 5/10, NZA-RR 2011, 647; BAG 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, NZA 2012, 408.

³² VG Köln 11.9.2025 – 15 K 1556/24; LG Berlin 21.1.2026 – 26 O 90/25; EUArbRK/Sprenger, 5. Aufl. 2024, RL (EU) 2019/1158 Art. 4 Rn. 6a; Dahm EuZA 2020, 19.

³³ BVerwG 29.4.2026 – 1 WB 27.25, BB 2026, 1140.

beweiskräftigen Nachweises „die Schwächsten auf dem Arbeitsmarkt zu schützen.“ Demgegenüber wurde kurz danach erst für den Vertrag über die Berufsausbildung die Textform zugelassen, einige weitere Monate später durch das Bürokratieentlastungsgesetz IV auch für den Arbeitsvertrag, wenn auch in komplizierter und vom BBiG abweichender Fassung bei Herausnahme der vom SchwArbG erfassten Branchen. Derart aufgeladene Debatten „l’art pour l’art“ seien für den Rechtsanwender nicht hilfreich.

Oberthür verwies allerdings auch darauf, dass der als Paternalismus wahrgenommene Entzug individueller Freiheit häufig damit zusammenhänge, dass Freiheitsrechte an einer Stelle entzogen würden, um dafür an anderer Stelle Freiheit zu vergrößern. Ein Beispiel sei das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Bervidi* zur Mitdiskriminierung:³⁴ Unternehmen würden dadurch in die Pflicht genommen, die Betreuung behinderter Kinder zu unterstützen, indem sie den Pflegepersonen dieselben Rechte zukommen lassen müssten wie Arbeitnehmern, die selbst schwerbehindert seien. Nun sei die Verbesserung der Möglichkeit zur bezahlten Erwerbstätigkeit von Pflegepersonen eigentlich eine staatliche, nicht zuvörderst eine unternehmerische Aufgabe. Wenn aber die Mechanismen der Erwerbstätigkeit von Unternehmen gesteuert würden, könne es durchaus eine Berechtigung haben, sie in die gesellschaftlichen Verpflichtungen besonders einzubeziehen.

Fazit und Thesen

Bubach bat die Diskutanten abschließend um ein Fazit. *Oberthür* betonte, dass sich das europäische Projekt als standfest und für alle Beteiligten als positiv erwiesen habe. Der konstruktive Dialog zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten zeige, dass das Ringen auch um schwierige Fragen gut gelinge. Dennoch gebe es Defizite, die geeignet seien, die Akzeptanz des Rechts und des Rechtsstaats zu schwächen, und die ernst genommen werden sollten. Augenmerk sollte deshalb darauf gelegt werden, die Rechtsklarheit durch die Anpassung des kodifizierten nationalen Rechts an das Unionsrecht zu erhöhen, Gesetzgebung und Rechtsprechung folgen-abschätzend und praxisbezogen zu gestalten, eine Privilegierung des Staates und seiner Untergliederungen bei der Umsetzung und Anwendung des Rechts zu vermeiden und Augenmaß bei der Abgrenzung nationaler und europäischer Kompetenzen und der Rechtsfortbildung zu wahren.

Lunk stimmte diesen Punkten zu und ergänzte sie. „Rechtssetzung by default“ führe zur Erosion der Akzeptanz des Rechts, was wiederum zur Erosion der Union führen könne. Ergänzend sei ihm wichtig darauf hinzuweisen, dass das typische „primär-in-den-Blick-nehmen“ der Tarifpartner durch den deutschen Gesetzgeber an eine Grenze gestoßen sei. Wenn die Suche nach Konsens faktisch zu einem teilweisen Stillstand der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung führe, begründe dies ein Vakuum, das nicht von falscher Seite befüllt werden dürfe. Auch das Subsidiaritätsprinzip sei ein hohes Gut, diene es doch der Akzeptanz der Vereinheitlichungsaufgaben der Union. Versuchen, dieses zugunsten einer „one-size-fits-all“-Rechtsprechung zu schleifen, stehe er kritisch gegenüber. Die Verfahren Dänemarks zur Mindestlohn-Richtlinie und Schwedens zur Entgelttransparenz-Richtlinie zeigten, dass die Bestrebungen, alles „bis in die sechste Sohle“ europaweit und zudem einheitlich regeln zu wollen, mittlerweile an Grenzen stießen. Dementsprechend könnte ein uneingeschränkter Anwendungsvorrang um begrenzte Exitmöglichkeiten ergänzt werden. Mit den Omnibus-Gesetzen habe die Union zu erkennen gegeben, dass sie den alten Klempner-Grundsatz „nach fest kommt ab“ mittlerweile verstanden habe. Zudem laufe ein Staat, der den Menschen jedes Risiko abnehmen möchte, Gefahr, am Ende auch für alles verantwortlich gemacht zu werden; Europa indes lebe nicht von Paternalismus oder Richtlinien allein, sondern maßgeblich von der Freiheit.

³⁴ EuGH 11.9.2025 – C-38/24, NZA 2025, 1381.

