

Blickpunkt Arbeitsrecht

8. Mai 2023

Entwicklungen im europäischen
Arbeitsrecht einschließlich des aktuellen
Arbeitszeitrechts

Inken Gallner

Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts

Freude und Ehre

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Nägele, lieber Stefan,
meine sehr geehrten Damen und Herren,

es ist eine große Freude und Ehre für mich, vor und mit Ihnen sprechen zu dürfen.

Das Thema des europäischen Arbeitsrechts bewegt mich seit vielen Jahren.

Außerdem habe ich in Stuttgart meine beruflichen Anfänge genommen. Hier bin ich zu Hause.

Ich danke Ihnen ganz herzlich für Ihre Einladung.

Rechtliche Spannungsfelder in Europa

Konflikt gestaltungsmächtiger Gerichte

Beginnen möchte ich mit einem Konflikt im Unionsverfassungsrecht, also einem Spannungsfeld außerhalb des Arbeitsrechts.

Rechtliche Spannungsfelder in der Europäischen Union gibt es zuhauf.

Das Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 zu dem Staatsanleihekaufprogramm *PSPP* der Europäischen Zentralbank und die darauf knapp erwidernde Pressemitteilung des EuGH vom 8. Mai 2020 sind für solche Konfliktlinien lediglich besonders eindrucksvolle Beispiele.

- BVerfG 5. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 u. a. - PSPP
- Pressemitteilung Nr. 58/20 des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 8. Mai 2020

Rechtliche Spannungsfelder in Europa

Literaturstimmen zu dem Konflikt der Gerichte

Der Konflikt in Sachen *PSPP* wird von der deutschen Literatur ungewöhnlich pointiert und auf einer hohen Eskalationsstufe begleitet.

Eine kleine Auswahl an Literaturstimmen:

- *Honsell/Roth* ZIP 2020, 1451: „Höchstgerichte auf Kollisionskurs“
- *Hufeld* JM 2020, 331: „Attentat auf Europa?“
- *Pernice* EuZW 2020, 508: „Machtspruch aus Karlsruhe: Nicht verhältnismäßig? - Nicht verbindlich? - Nicht zu fassen ...“
- *Sagan* ZESAR 2020, Heft 7, Editorial: „Stoppt das Bundesverfassungsgericht“

Siehe aber auch den vergleichsweise versöhnlichen Duktus der Verwerfung der Vollstreckungsanträge zu dem *PSPP*-Urteil durch BVerfG 29. April 2021 - 2 BvR 1651/15 u. a. - Rn. 90 ff. Sie konnten das Vertragsverletzungsverfahren allerdings nicht abwenden (vgl. dazu auch den Vortrag des früheren Präsidenten des BVerfG *Voßkuhle* vom 21. Juni 2021 an der Universität Freiburg).

Geschichte des latenten Spannungsverhältnisses zwischen BVerfG und EuGH

Der Konflikt in Sachen *PSPP* macht deutlich, weshalb in der Vergangenheit die Forderung nach einem gesonderten Kompetenzgericht zur Klärung von Zuständigkeitskonflikten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten erhoben wurde.

Sie konnte sich in dem Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa nicht durchsetzen. Dieser Umstand hat die Kompetenzen des EuGH faktisch gestärkt.

Der Verfassungsentwurf war in den Jahren 2002 und 2003 durch den Verfassungskonvent unter Vorsitz des ehemaligen französischen Staatspräsidenten *Valéry Giscard d'Estaing* erarbeitet worden.

Er scheiterte 2005 an den Referenden in Frankreich und den Niederlanden.

Das „böse Wort“: Die horizontale Direktwirkung I

Der Vorwurf der Kompetenzüberschreitung oder - etwas hochtrabend - der Ultra-vires-Vorwurf entzündet sich nicht nur im Arbeitsrecht häufig an der unmittelbaren Wirkung von grundrechtsgestütztem Richtlinienrecht zwischen Privaten.

Zu der nach deutschem Verfassungsrecht gebotenen Ultra-vires- und Identitätskontrolle im Einzelnen

- BVerfG 5. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 u. a. - PSPP Rn. 105, 110 ff.
- BVerfG 29. April 2021 - 2 BvR 1651/15 u. a. - Rn. 90 ff.

Das „böse Wort“: Die horizontale Direktwirkung II

Um es zuzuspitzen: Das „böse Wort“ ist die sog. horizontale Direktwirkung oder auch unmittelbare Horizontalwirkung von Grundrechten, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union kodifiziert sind. Dieses doppelte Fremdwort hat sich eingebürgert.

Einfacher ausgedrückt: Primärrecht wird durch Richtlinienrecht konkretisiert.

Das primärrechtsgestützte Richtlinienrecht wirkt auch horizontal unmittelbar, genauer: Das Primärrecht der Verträge oder der Charta wirkt trotz der möglichen Konkretisierung durch eine Richtlinie direkt zwischen Privaten.

Das Primärrecht, zu dem nach Art. 6 Abs. 1 EUV die Charta gehört, verleiht in Teilen konkrete subjektive Rechte.

Das „böse Wort“: Die horizontale Direktwirkung III

Die Charta, die unter Vorsitz des früheren Bundespräsidenten und Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Roman Herzog* im ersten Konvent, dem Grundrechtekonvent, erarbeitet wurde, strebt eine vertiefte Integration der Europäischen Union durch einen gemeinsamen Rechte- und Wertekanon an.

Die deutsche Forderung nach einer besonderen, der Verfassungsbeschwerde nachgebildeten Grundrechteklage konnte sich im späteren Verfassungskonvent jedoch nicht durchsetzen.

Das „böse Wort“: Die horizontale Direktwirkung IV

- Das Bundesverfassungsgericht ist vorsichtig mit dem Ultra-vires-Verdikt. Es hat den Vorwurf in der Sache *PSPP* aus dem Jahr 2020 erstmals erhoben und ihn z. B. in der Sache *Honeywell* aus dem Jahr 2010 verneint.
 - BVerfG 5. Mai 2020 - 2 BvR 859/15 u. a. - PSPP Rn. 105, 110 ff.
 - BVerfG 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 - Honeywell Rn. 67 ff.
- Die Methodik der horizontalen Direktwirkung ist uns im Arbeitsrecht seit der Entscheidung *Mangold* des Gerichtshofs bekannt, also schon seit dem Jahr 2005, einer Zeit vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und damit der Grundrechtecharta im Rang der Verträge am 1. Dezember 2009.
 - EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - Mangold Rn. 74 ff., 78

Das „böse Wort“: Die horizontale Direktwirkung V

Mit der Methodik der horizontalen Direktwirkung wird von manchen Stimmen das Unwerturteil verbunden, der EuGH überschreite seine Kompetenzen.

Die Berührungsängste verwundern nicht. Vor allem die Verfassungsgerichte und die letztinstanzlichen Fachgerichte der Mitgliedstaaten fürchten einen Bedeutungsverlust.

- So ausdrücklich *Gigi Deppe* in der Sendung „Informationen am Morgen“ des Deutschlandfunks am 8. Oktober 2020 anlässlich des 70-jährigen Jubiläums der Errichtung des Bundesgerichtshofs

Die Furcht hat gute Gründe: Das nationale Recht - gerade das Arbeitsrecht - ist zunehmend durch das Unionsrecht überformt. Die nationalen und die supranationalen Gerichte ringen um die Grenzen ihrer Auslegungskompetenzen und die Deutungshoheit, mit anderen Worten um Gestaltungsmacht.

Ein Schritt zurück in vertrautes Terrain:

Auslegung und Rechtsfortbildung nationalen Rechts mithilfe ausschließlich sekundären Richtlinienrechts

Vertraut sind die innerstaatlichen Rechtsanwender seit Langem mit dem - ausschließlich - sekundären Richtlinienrecht, das nach Art. 288 Abs. 3 AEUV von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist.

Nicht primärrechtsgestütztes Richtlinienrecht verlangt den nationalen Gerichten nur die richtlinienkonforme Auslegung und ggf. Rechtsfortbildung ab.

Beides endet, wo der richtlinienkonformen Auslegung oder Fortbildung des innerstaatlichen Rechts ein richtlinienwidriger Wille des nationalen Gesetzgebers erkennbar entgegensteht. Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Weg richtlinienkonformer Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden.

- Keine richtlinienkonforme Auslegung „contra legem“, z. B. EuGH 12. Mai 2022 - C-426/20 Luso Temp Rn. 57; 20. November 2020 - C-681/18 - KG (Missions successives dans le cadre du travail intérimaire) Rn. 66
- BAG 13. September 2022 - 1 ABR 22/21 - Rn. 30 mwN

Unwegsames Gelände:

Konkretisierung von Primärrecht durch Richtlinienrecht

Die feste Rechtsprechungslinie der horizontalen Direktwirkung entwickelt sich spätestens seit dem Urteil des EuGH in der Sache *Mangold*.

Dennoch ruft die Beurteilung des EuGH, bestimmtes Richtlinienrecht sei durch die Grundrechtecharta oder anderes Primärrecht unterlegt, in Teilen der nationalen Gesetzgebung, Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis noch immer Argwohn und Unmut hervor.

Auch diese Tatsache ist verständlich. Die unmittelbare Wirkung von primärrechtsgestütztem Richtlinienrecht führt dazu, dass innerstaatliches Recht nicht anzuwenden ist, und das nicht nur zwischen Bürger und Staat, sondern auch zwischen Privaten.

Dieser „Unanwendbarkeitsbefehl“ ist ein „scharfes Schwert“, das im praktischen Ergebnis zur Folge hat, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in manchen Teilen vereinheitlicht, also harmonisiert werden.

➤ EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - Mangold Rn. 74 ff., 78

Die Kodifikationsidee der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Die Vertiefung der europäischen Einigung ist jedoch gerade die Kodifikationsidee der Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

Nach dem ersten Absatz ihrer Präambel sind die Völker Europas entschlossen, auf der Grundlage gemeinsamer Werte eine friedliche Zukunft zu teilen, indem sie sich zu einer immer engeren Union verbinden.

Rechtsprechungslinie der horizontalen Direktwirkung des EuGH im Arbeitsrecht

Die Konfliktfelder, die aus der zunehmenden Harmonisierung herrühren, möchte ich für sie anhand der Rechtsprechungslinie der horizontalen Direktwirkung des EuGH im Arbeitsrecht beleuchten.

Das wird leider nur möglich sein, indem ich das Thema stark verrechtliche.

Mangold

In der Sache *Mangold* aus dem Jahr 2005 entwickelt der EuGH einen Anwendungsvorrang von Primärrecht gegenüber innerstaatlichem Recht im Antidiskriminierungsrecht.

Das Vorabentscheidungsersuchen betraf eine deutsche Befristungsnorm: § 14 Abs. 3 TzBfG idF vom 23. Dezember 2002.

Nach *Mangold* muss nationales Recht, das den Diskriminierungsverboten entgegensteht, auch zwischen Privaten unangewendet bleiben.

Der EuGH stützt den primärrechtlichen Anwendungsvorrang darauf, dass die in Art. 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG genannten Verbote der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung ihren Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten haben.

Das ergibt sich aus dem ersten und dem vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2000/78/EG.

U. a. das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist deshalb ein allgemeiner Grundsatz des damaligen Gemeinschaftsrechts und heutigen Unionsrechts.

➤ EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - Mangold Rn. 74 ff.

Die Tatsache der festen Rechtsprechungslinie zu der horizontalen Direktwirkung

Nicht zuletzt aus *Mangold* hat sich eine feste Rechtsprechungslinie des EuGH zu der horizontalen Direktwirkung primärrechtsgestützten Richtlinienrechts entwickelt.

Sie erstreckt sich mittlerweile über mehrere Rechtsgebiete und einen langjährigen Zeitraum.

Prominente Beispiele aus der Rechtsprechung der Großen Kammer des EuGH sind:

- EuGH 22. November 2005 - C-144/04 - Mangold
- EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - Küçükdeveci
- EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri
- EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - Egenberger
- EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - IR (= Chefarzt)
- EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften
- EuGH 6. November 2018 - C-569/16 u. a. - Bauer und Willmeroth
- EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO und viele mehr

Kücükdeveci I

In der Sache *Kücükdeveci* aus dem Jahr 2010 behandelt der EuGH auf Vorlage des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf die kürzere Kündigungsfrist für jüngere Arbeitnehmer in dem seit längerer Zeit aufgehobenen § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB. Er erklärt die Vorschrift auch zwischen Privaten für unanwendbar.

➤ EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - *Kücükdeveci* Rn. 21, 27, 43, 52 ff.

In dieser Entscheidung findet sich in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH erstmals wieder ausdrücklich die Konkretisierungsformel.

Die Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert das als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts zu verstehende Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Dieser Grundsatz verbietet jede Diskriminierung wegen des Alters.

Der EuGH bezieht sich für die Konkretisierung in der Sache *Kücükdeveci* auf die ältere Entscheidung *Defrenne* aus dem Jahr 1976, die sich mit Fragen der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen befasst. Danach präzisierte die Richtlinie 75/117/EWG Art. 119 EWG-Vertrag.

➤ EuGH 8. April 1976 - 43/75 - *Defrenne* Rn. 54

Kücükdeveci II

Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 bezieht der EuGH in der aus dem Jahr 2010 stammenden Entscheidung *Kücükdeveci* folgerichtig erstmals Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in seine Betrachtung ein.

In der Norm ist das Verbot der Diskriminierung u. a. wegen des Alters kodifiziert.

Der EuGH weist darauf hin, dass die Charta und die Verträge nach Art. 6 Abs. 1 EUV gleichrangig sind.

➤ EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - *Kücükdeveci* Rn. 22

Dansk Industri = DI

Vorlagegegenstand und Kurzbewertung

In der Entscheidung *DI* (= *Dansk Industri*) aus dem Jahr 2016 wiederholt der EuGH die Konkretisierungsthese und verfeinert sie.

Das Urteil behandelt ein dänisches Gesetz, das den Anspruch auf eine Entlassungsabfindung ausschließt, wenn der Arbeitnehmer berechtigt ist, eine Altersrente zu beziehen.

Dansk Industri ist eine methodische Leitentscheidung des EuGH.

Dansk Industri

Obersätze

Das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen des Alters hat seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.

Das ergibt sich aus dem ersten und dem vierten Erwägungsgrund der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG.

Das seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Verbot ist nach Dansk Industri ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts.

Der EuGH nimmt erneut an, dass das Verbot der Altersdiskriminierung nicht in der Richtlinie 2000/78/EG selbst begründet ist, sondern dass sie dieses Verbot lediglich im Bereich von Beschäftigung und Beruf konkretisiert.

Die Tragweite des von der Richtlinie gewährleisteten Schutzes geht daher nicht über den mit diesem Verbot verbürgten Schutz hinaus.

➤ EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 22 f.

Dansk Industri

Dogmatik

Den Bezug zum Unionsrecht im Sinn von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Charta stellt der Gerichtshof wie in den vorangegangenen Entscheidungen mit der Richtlinie 2000/78/EG selbst her, also mit Recht „niedrigeren Rangs“.

Der in Rede stehende Ausschluss von einer Entlassungsabfindung wegen des Anspruchs, Altersrente zu beziehen, ist eine Entlassungsbedingung iSv. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2000/78/EG.

Die dänische Regelung fällt deswegen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts und in den des allgemeinen Verbots der Altersdiskriminierung.

- EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 24 f. mwN
- Dogmatisch kritisch aus Gründen der Normenhierarchie z. B. *Schubert* EuZA 2020, 302, 308 ff.

Dansk Industri

Primärrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gerichtshof legt in der Sache *Dansk Industri* zudem die Linien für einen primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Er führt an, nicht nur Art. 2 und 6 Abs. 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG stünden dem Ausschluss der Entlassungsabfindung durch das dänische Gesetz entgegen.

Der EuGH nimmt vielmehr an, dass der die Richtlinienvorgaben tragende Grundsatz der Gleichbehandlung den Ausschluss hindert.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung findet im allgemeinen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nur eine besondere Ausprägung.

➤ EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 26

Dansk Industri

Vertrauensschutz I

Der Gerichtshof benennt in der Sache *Dansk Industri* für das Antidiskriminierungsrecht auch zu der Frage des Vertrauensschutzes klar und unmissverständlich den Übergang vom Sekundärrecht in das Primärrecht.

Er verweist zunächst auf seine Rechtsprechung, nach der eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann. Der Einzelne kann sich nicht auf die Richtlinie berufen. Die unionsrechtskonforme Auslegung unterliegt den Schranken der allgemeinen Rechtsgrundsätze und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung „contra legem“ des nationalen Rechts dienen.

- EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 30 ff. mwN

Der EuGH bezieht sich allerdings bereits auf der Grundlage des Sekundärrechts darauf, dass das Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung die Verpflichtung der nationalen Gerichte umfasst, eine Rechtsprechung ggf. abzuändern, wenn sie auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie nicht vereinbar ist.

- EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 32 f.
- EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - Egenberger Rn. 72 ff.
- EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - IR Rn. 64

Dansk Industri

Vertrauensschutz II

Der Gerichtshof belässt es dabei jedoch nicht.

Ein mit dem Rechtsstreit über das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG befasstes Gericht darf eine dem allgemeinen Verbot der Altersdiskriminierung zuwiderlaufende innerstaatliche Vorschrift nicht anwenden.

Der EuGH wird deutlich.

Ein nationales Gericht kann sich in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes stützen, wenn es eine Rechtsvorschrift anwendet, die gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG verstößt.

➤ EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 35 ff.

Dansk Industri

Vertrauensschutz III

Im Bereich primären Unionsrechts kann nur der EuGH Vertrauensschutz gewähren. Er verlangt ggf. die Aufgabe langjähriger nationaler Rechtsprechungslinien. Mögliche Staatshaftungsansprüche stehen dem nicht entgegen. Sie sind weniger effektiv.

- EuGH 19. April 2016 - C-441/14 - Dansk Industri Rn. 38 ff.

Im reinen sekundären Unionsrecht, d. h. im Rahmen der Vorgaben des nicht primärrechtlich „unterfütterten“ Richtlinienrechts ist die Annahme nationalen Vertrauensschutzes aus meiner Sicht nicht ausgeschlossen.

- Dazu etwa BAG 23. März 2010 - 9 AZR 128/09 - Rn. 80 ff.

Sie ist wegen eines möglichen Verstoßes gegen die Vorlagepflicht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und damit den gesetzlichen Richter aber gefährlich, wie sich im Massenentlassungsrecht in der Folge von EuGH *Junk* gezeigt hat.

- BVerfG 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 - Rn. 17 ff.

Egenberger* und *IR

In der Sache *Egenberger* und dem Chefarztfall *IR* aus dem Jahr 2018 überträgt der Gerichtshof die für das Verbot der Altersdiskriminierung entwickelten Grundsätze auf das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung.

Er betont in den Urteilen *Egenberger* und *IR* erneut, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf seinen Ursprung nicht in der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG hat, sondern in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.

- EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - *Egenberger* Rn. 75
- EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - *IR* Rn. 67

Egenberger

Grundrechtsdogmatik

Der EuGH entwickelt in der Sache *Egenberger* außerdem seine Grundrechtsdogmatik weiter.

Das Verbot jeder Art von Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung ist als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts zwingend.

Das in Art. 21 Abs. 1 der Grundrechtecharta niedergelegte Verbot verleiht schon für sich allein dem Einzelnen ein subjektives Recht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, geltend machen kann.

Der Gerichtshof löst sich in der Sache *Egenberger* von der Konkretisierung von Primärrecht durch Sekundärrecht.

Er betont, dass sich Art. 21 der Charta in seiner Bindungswirkung grundsätzlich nicht von den Bestimmungen der Gründungsverträge unterscheidet, die verschiedene Formen der Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privaten herrühren.

- EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - Egenberger Rn. 76 f. mit Bezug auf
- EuGH 15. Januar 2014 - C-176/12 - Association de médiation sociale Rn. 47 für das Verbot der Altersdiskriminierung

IR

Grundrechtsdogmatik

In der Chefarzentscheidung *IR* fasst der EuGH diese Aussage rechtsdogmatisch sowie in der zeitlichen Abfolge noch klarer und hebt den Stellenwert von Art. 21 der Charta hervor.

Das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung folgte vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon als allgemeiner Grundsatz aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verleiht das in Art. 21 der Charta niedergelegte zwingende Diskriminierungsverbot schon für sich allein dem Einzelnen ein subjektives Recht, auf das er sich in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, berufen kann.

Die Diskriminierungsverbote des Art. 21 der Charta sind nicht nur Grundsätze iSv. Art. 52 Abs. 5 der Charta. Sie enthalten Grundrechte iSv. Art. 52 Abs. 1 bis 4 der Charta und begründen damit subjektive Rechte.

➤ EuGH 11. September 2018 - C-68/17 - IR Rn. 69

Egenberger

Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz

In der Entscheidung Egenberger fügt der EuGH den Erwägungen zu Art. 21 GRC Überlegungen zu Art. 47 der Charta hinzu.

Das dort kodifizierte Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz wirkt - wie Art. 21 der Charta - aus sich selbst heraus.

Beide Normen müssen nicht durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden, um dem Einzelnen ein subjektives Recht zu verleihen.

Art. 21 und 47 der Charta verpflichten ein innerstaatliches Gericht, ihnen zuwiderlaufende nationale Vorschriften nicht anzuwenden.

➤ EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - Egenberger Rn. 78 f.

Baldonado Martín I

Der EuGH hat den Prüfungsmaßstab der Art. 20 und 21 der Charta mittlerweile weiter konturiert und ihn kompetenzrechtlich eingegrenzt.

In der Sache *Baldonado Martín* führt er erneut aus, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung ein nun in Art. 20 und 21 der Charta verankerter allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist.

Art. 20 und 21 der Charta gelten jedoch nur im Bereich der Durchführung des Unionsrechts iSv. Art. 51 Abs. 1 der Charta.

Ich teile die Auffassung von *Povedano Peramato*, dass der Gerichtshof die Frage, wann diese Voraussetzung erfüllt ist, in der Vergangenheit nicht immer ganz einheitlich beantwortet hat.

➤ *Povedano Peramato* Anm. ZESAR 2020, 344, 346 mwN

Baldonado Martín II

Teilweise lässt es der EuGH genügen, dass die Streitigkeit in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.

- EuGH 26.2.2013 - C-617/10 - Åkerberg Fransson Rn. 19

In der Sache *Baldonado Martín* wählt der Gerichtshof im Unterschied dazu einen restriktiveren Ansatz.

- EuGH 22. Januar 2020 - C-177/18 - Baldonado Martín Rn. 56 ff. mit Bezug auf
- EuGH 9. März 2017 - C-406/15 - Milkova Rn. 55 ff.
- S. auch EuGH 29. Oktober 2020 - C-243/19 - Veselības ministrija Rn. 37 mwN
- Vgl. zu diesem Problem das Vorabentscheidungsersuchen des BAG vom 9. Dezember 2020 - 10 AZR 332/20 (A) - Rn. 85 ff.

Baldonado Martín III

Um festzustellen, ob eine nationale Maßnahme die Durchführung des Rechts der Union iSv. Art. 51 Abs. 1 der Charta betrifft, ist u. a. zu prüfen,

- ob mit der nationalen Regelung die Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird,
- welchen Charakter die Regelung hat und
- ob mit ihr andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden.
- Das gilt selbst dann, wenn die innerstaatliche Regelung das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann.
- Ferner ist zu prüfen, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann.

Der Gerichtshof verneint in der Sache Baldonado Martín, dass die konkrete nationale Bestimmung zum Ziel hat, das Unionsrecht - § 5 der von EGB, UNICE und CEEP geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG - durchzuführen iSv. Art. 51 Abs. 1 der Charta.

- EuGH 22. Januar 2020 - C-177/18 - Baldonado Martín Rn. 59, 63 f. mit Bezug auf
- EuGH 10. Juli 2014 - C-198/13 - Julián Hernández u. a. Rn. 37

Ausgleich zwischen verschiedenen Rechten und subjektive Rechte

Zurück zur praktischen Konkordanz in anderen Fällen: Aufgrund der Entscheidung *Egenberger* ist noch nicht vollständig geklärt, wie mit einer nötigen Abwägung von widerstreitenden Grundrechten aus dem AEUV oder der Charta in einem Rechtsstreit zwischen Privaten umzugehen ist.

Der EuGH führt lediglich aus, die Verpflichtung, einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Rechten zu finden, beeinträchtigt nicht die Möglichkeit, ein subjektives Recht aufgrund einer Diskriminierung in einem Rechtsstreit geltend zu machen.

➤ EuGH 17. April 2018 - C-414/16 - Egenberger Rn. 80

Abwägungsfragen am Beispiel

der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRC I

Abwägungsfragen wie in der Sache *Egenberger* treten hinsichtlich verschiedener Artikel der Charta auf.

Die unternehmerische Freiheit des Art. 16 der Charta z. B. gilt nach der Entscheidung *YS (Betriebspensionen leitender Angestellter)* des Gerichtshofs nicht schrankenlos, sondern ist im Zusammenhang mit ihrer gesellschaftlichen Funktion zu sehen.

In sie kann durch die öffentliche Gewalt eingegriffen werden, wenn die Eingriffe im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken können.

Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten ferner bestimmte Voraussetzungen erfüllen.

Sie muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt der Rechte und Freiheiten der Charta achten. Außerdem muss sie mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erforderlich sein und den von der Europäischen Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

- EuGH 24. September 2020 - C-223/19 - *YS (Betriebspensionen leitender Angestellter)* Rn. 88 mit Bezug auf EuGH 4. Mai 2016 - C-477/14 - *Pillbox* 38 Rn. 157 ff.

Abwägungsfragen am Beispiel der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRC II

Für die unternehmerische Freiheit bildet sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofs also eine Abwägungsdogmatik heraus, die einer Prüfung der praktischen Konkordanz ähnelt.

Horizontale Direktwirkung und Urlaubsrecht I

Pflicht des Arbeitgebers, Urlaub zu gewähren?

Art. 31 Abs. 2 GRC

Der EuGH hat die horizontale Direktwirkung inzwischen auch im Urlaubsrecht angenommen, also in einem Rechtsgebiet, das unionsrechtlich betrachtet Arbeitszeitrecht ist (Ruhezeit in der Jahresarbeitszeit).

Bei der Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, Urlaub zu gewähren, handelt sich gewissermaßen um die Gretchenfrage auf der Schnittstelle zwischen unionsrechtlichem und deutschem Urlaubsverständnis.

Der EuGH hat angenommen, dass Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche bei einem fehlenden Urlaubsantrag nur untergehen können, wenn der Arbeitnehmer als schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber tatsächlich in die Lage versetzt werde, die Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen. Das hat der Arbeitgeber zu beweisen. Der Arbeitnehmer darf nicht davon abgeschreckt werden, seine Ansprüche geltend zu machen.

Horizontale Direktwirkung und Urlaubsrecht II

Der EuGH hat die Frage der Rechtsnatur von Art. 31 Abs. 2 GRC in den Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Bauer und Willmeroth* beantwortet.

Er kommt zu dem Ergebnis, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, wie er seit dem 1. Dezember 2009 in Art. 31 Abs. 2 GRC niedergelegt ist, nicht nur ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der EU ist, sondern ein vollwertiges soziales Grundrecht, das gegenüber privatrechtlich strukturierten Arbeitgebern unmittelbar wirkt.

- EuGH 6. November 2018 - C-619/16 - Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften
- EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - verbundene Rechtssachen Bauer und Willmeroth

Horizontale Direktwirkung und Urlaubsrecht III

Art. 31 Abs. 2 GRC ist nach dieser Auffassung zwingend. Die Erläuterungen der Charta verweisen auf die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG. Art. 31 Abs. 2 GRC garantiert dem Arbeitnehmer aus Sicht des EuGH deshalb einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen.

Die Normenverflechtung aus Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie schützt auch den Urlaubsabgeltungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, selbst wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Entgegenstehendes nationales Recht muss ungeachtet einer langjährigen abweichenden innerstaatlichen Rspr. unangewendet bleiben.

Arbeitszeitrecht im engeren Sinn, die sog. Stechuhrentscheidung, EuGH CCOO

Furore hat die sog. Stechuhrentscheidung des EuGH in der Sache CCOO vom 14. Mai 2019 gemacht. An ihr wird das vom EuGH entwickelte System des Arbeitszeitrechts besonders deutlich.

Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG soll die Arbeitszeitgestaltung in der Europäischen Union durch Mindeststandards harmonisieren.

➤ EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO

Ziele der Arbeitszeitrichtlinie

Die Arbeitszeitrichtlinie hat sich aus Sicht der Kommission zu einem der Eckpfeiler der sozialen Dimension Europas entwickelt.

Sie konkretisiert oder präzisiert nach Auffassung des EuGH und der Europäischen Kommission Art. 31 GRC sowohl im Arbeitszeitrecht ieS als auch im Urlaubsrecht.

In der Begrifflichkeit des EuGH ist es ihr Ziel, Mindestvorschriften festzulegen, die dazu bestimmt sind, den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz zu verbessern.

- EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO Rn. 30 ff., 56
- EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften Rn. 62 ff.
- EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - Bauer und Willmeroth Rn. 64 ff.
- Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Richtlinie 2003/88/EG C/2017/2601 zu I

Harmonisierungsgehalt der Arbeitszeitrichtlinie

Um das Ziel der Arbeitszeitharmonisierung zu erreichen, legt die Arbeitszeitrichtlinie unter anderem fest:

- tägliche Mindestruhezeiten von elf zusammenhängenden Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum (Art. 3),
- wöchentliche Mindestruhezeiten von 24 Stunden pro Siebentageszeitraum (Art. 5),
- eine jährliche Mindestruhezeit in Form eines vierwöchigen Jahresurlaubs (Art. 7) und
- eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden einschließlich der Überstunden (Art. 6 Buchst. b).

Umsetzung von Art. 31 GRC durch die Arbeitszeitrichtlinie

Durch die Vorgaben der Arbeitszeitrichtlinie wird Art. 31 GRC umgesetzt.

Nach Art. 31 Abs. 1 GRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

Art. 31 Abs. 2 GRC bestimmt, dass jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub hat.

Die Grundrechte dürfen nicht ausgehöhlt werden.

Klarer Grundrechtscharakter der Ruhezeiten und der Höchstarbeitszeit

Der EuGH hat den Grundrechtscharakter der von Art. 31 Abs. 2 GRC verbürgten Rechte unmissverständlich benannt.

Er hält weitere Ableitungen aus meiner Sicht für nicht länger erforderlich. Damit hat der EuGH die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf Mindestruhezeiten - nicht nur auf bezahlten Jahresurlaub - auch gegenüber privaten Arbeitgebern anerkannt.

- EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO Rn. 56
- EuGH 6. November 2018 - C-684/16 - Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften Rn. 62 ff.
- EuGH 6. November 2018 - C-569/16 und C-570/16 - Bauer und Willmeroth Rn. 64 ff.

Klarstellung des Grundrechtscharakters

Der Gerichtshof hat den Grundrechtscharakter der Rechte aus Art. 31 Abs. 2 GRC in den Sachen *Radiotelevizija Slovenija (Période d'astreinte dans un lieu reculé)*, *Stadt Offenbach am Main* und *Academia de Studii Economice din București* bestätigt.

Das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf - insbesondere tägliche - Ruhezeiten ist nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Union, die besondere Bedeutung hat.

Das Recht ist in Art. 31 Abs. 2 der Charta ausdrücklich verbürgt, dem nach Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zukommt.

Die Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG, insbesondere ihr Art. 3, konkretisieren dieses Grundrecht und sind daher in seinem Licht auszulegen.

- EuGH 9. März 2021 - C-344/19 - Radiotelevizija Slovenija (*Période d'astreinte dans un lieu reculé*) Rn. 27 mwN
- EuGH 9. März 2021 - C-580/19 - Stadt Offenbach am Main Rn. 28
- EuGH 17. März 2021 - C-585/19 - Academia de Studii Economice din București Rn. 36 f.

Analyse der Methodik von EuGH CCOO I

Das bedeutet nach meiner Auffassung wegen des Spielraums der Mitgliedstaaten für die Modalitäten des Hilfsmittels eines den Arbeitgebern vorzugebenden allgemeinen Arbeitszeiterfassungssystems allerdings nicht, dass nationale Vorschriften, die bisher kein System zur Messung aller Arbeitszeiten vorsehen, unangewendet bleiben müssen.

➤ *EuArbRK/Gallner* 4. Aufl. RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 3

Je nach Unternehmen sind verschiedene Systeme der Arbeitszeiterfassung möglich (Aufzeichnungen auf Papier, Computerprogramme, elektronische Zutrittsausweise, Apps usw.). Die Mitgliedstaaten dürfen die Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, die Eigenarten bestimmter Unternehmen und ihrer Größe berücksichtigen.

Die Zeiterfassung muss nur objektiv, verlässlich und zugänglich sein.

Analyse der Methodik von EuGH CCOO II

Der Gerichtshof verlangt insoweit nur eine unionsrechtskonforme Auslegung der innerstaatlichen Vorschriften und spricht keinen „Unanwendbarkeitsbefehl“ aus.

§ 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG ist also nicht unanwendbar. § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG bestimmt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, (nur) die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Satz 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Die Norm enthält also keine allgemeine Aufzeichnungspflicht.

- Vgl. zu dem Spielraum der Mitgliedstaaten EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO Rn. 42, 63
- Kein Unanwendbarkeitsbefehl: EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO Rn. 68 ff.
- Ebenso z. B. *Höpfner/Daum* RdA 2019, 270, 276 f.

Analyse der Methodik von EuGH CCOO III

Der EuGH nimmt die Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 3, 5 und 6 Buchst. b der Arbeitszeitrichtlinie dennoch deutlich in die Pflicht.

Sie müssen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um das Ziel zu erreichen, einen wirksamen Arbeitsschutz und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie sicherzustellen.

➤ EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO Rn. 41, 68 ff.

Analyse der Methodik von EuGH CCOO IV

Die nötige Auslegung umfasst in der Bundesrepublik Deutschland auch die Rechtsfortbildung.

Ich habe eine solche Auslegung oder Fortbildung von § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG für problematisch gehalten. Wortlaut und Zweck der Norm sind klar auf die Aufzeichnung von „Mehrarbeit“ begrenzt.

- *EuArbRK/Gallner* 4. Aufl. RL 2003/88/EG Art. 1 Rn. 8 f.
- Ebenso z. B. *Höpfner/Daum* RdA 2019, 270, 276 f.

Analyse der Methodik von EuGH CCOO V

Der durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 4. Oktober 2020 vorgelegte Referentenentwurf mit dem Titel „Mobile Arbeit Gesetz - MAG“ wollte § 112 Abs. 1 GewO neu fassen.

Danach sollte § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG für Arbeitnehmer, auf die das ArbZG Anwendung findet und die regelmäßig nach § 111 Abs. 1 Satz 2 GewO idF des Referentenentwurfs mobil arbeiten, mit der Maßgabe anzuwenden sein, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer am Tag der Arbeitsleistung aufzuzeichnen.

Der Referentenentwurf ging also nicht von einer möglichen ergänzenden Auslegung des § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG oder einer analogiefähigen Regelungslücke in dieser Norm aus.

- AA ArbG Emden 20. Februar 2020 - 2 Ca 94/19 - zu I 2 b aa der Gründe; 24. September 2020 - 2 Ca 144/20 - zu IV 2 b cc (3) der Gründe in Überstundenklagen; dazu *Oberthür* ArbRB 2021, 112 ff.

Fünfter Senat des BAG in der Folge von EuGH CCOO I

Der Fünfte Senat hat am 4. Mai 2022 in drei Revisionen über Überstundenvergütungen entschieden.

- - 5 AZR 359/21 -,
- - 5 AZR 451/21 - und
- - 5 AZR 474/21 -

Diese Fälle sind mit EuGH CCOO verschränkt.

- EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO

Fünfter Senat des BAG in der Folge von EuGH CCOO II

Es ging darum, ob sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitszeiterfassung Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess ergeben.

Der Fünfte Senat geht davon aus, dass die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur Verteilung der Darlegungslast und der letztendlichen Beweislast für die Leistung von Überstunden durch die unionsrechtliche Pflicht zur Einführung eines Systems zur Messung der Arbeitszeit nicht verändert werden. Grund: Keine Kompetenz der EU für das Vergütungsrecht (*Art. 153 Abs. 1 und 5 AEUV*).

Der Arbeitnehmer muss die geleisteten Überstunden darlegen und vortragen, dass der Arbeitgeber die geleisteten Überstunden ausdrücklich oder konkludent angeordnet, geduldet oder nachträglich gebilligt hat.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG I

Der Erste Senat des BAG hat am 13. September 2022 entschieden, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, ein System einzuführen, mit dem die von den Arbeitnehmern geleistete Arbeitszeit erfasst werden kann (- 1 ABR 22/21 -).

Die Entscheidung ist ein Politikum, wie Sie alle wahrgenommen haben.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG II

In Deutschland ist nach der unfreundlich als Stechuhr-Entscheidung bezeichneten Sache des *EuGH CCOO* vom 14. Mai 2019 (- C-55/18 -) eine vielstimmige Diskussion entbrannt.

Eine entsprechende Kontroverse wird gerade über unsere Entscheidung vom 13. September 2022 (- 1 ABR 22/21 -) geführt. Das war vorherzusehen.

➤ Vgl. *Wolf* SAE 4/2022 Editorial

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG III

Zwei Häuser der Bundesregierung hatten in der letzten Legislatur Rechtsgutachten zu der Frage der Zeiterfassungspflicht eingeholt,

- das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein Gutachten von *Bayreuther*,
- das damalige Bundesministerium für Wirtschaft ein Gutachten von *Rieble/Vielmeier*.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG IV

Inzwischen hat Gesamtmetall drei Gutachten eingeholt,

- ein personalwirtschaftliches Gutachten von *Stowasser/Altun/Hartmann/Hille*
- und zwei Rechtsgutachten von
 - ❖ *Thüsing* und
 - ❖ *Höpfner/Schneck*.

Ich verweise auf die Artikel von *Creutzburg* und *Specht* in der FAZ und dem Handelsblatt vom 16. März 2023.

Besonders schön und plakativ finde ich die Einschätzung von *Höpfner/Schneck* in der ersten NZA dieses Jahres (NZA 2023, 1), unsere Entscheidung sei ein Musterbeispiel für eine unzulässige Rechtsfortbildung.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG V

Schön ist auch der Titel der Besprechung von *Hans Hanau* RdA 2023, 115: Der kreative Umgang des BAG mit der unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Arbeitszeitrechts.

Solche Zuspitzungen tun einer lebendigen Debatte nur gut, wie ich meine.

Vgl. aber auch:

- *Carlson* AuR 2023, 181
- *Brors* AuR 2023, 188
- *Pschorr* AuR 2023, 193
- *Schuch* AuR 2023, 202

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG VI

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat im April 2023 einen Referentenentwurf zur Umsetzung von EuGH CCOO und des Beschlusses des Ersten Senats vom 13. September 2022 vorgelegt.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG VII

Der Erste Senat des BAG unterscheidet zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Zeiterfassung. Das „Ob“ ist aus unserer Sicht nach deutschem Recht schon heute gesetzlich durch § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG vorgeschrieben. Das „Wie“ liegt nach unserer Analyse der Entscheidung CCOO des EuGH in den gestaltenden Händen des Gesetzgebers.

Solange der Gesetzgeber das „Wie“ der Zeiterfassung nicht ausgestaltet, besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats für das „Wie“, wenn der Arbeitgeber eine Zeiterfassung einführt (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG iVm. § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG).

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG VIII

Der Erste Senat des BAG geht davon aus, dass die Zeiterfassungspflicht nicht am Grundrechtscharakter von Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union teilhat. Er umfasst nach unserer Auffassung nur die Ruhezeiten von elf Stunden am Tag und 24 Stunden in der Woche, den vierwöchigen Jahresurlaub und die Höchstarbeitszeit von 48 Stunden in der Woche.

Die Zeiterfassung ist nur ein Hilfsmittel, um die Grundrechte zu wahren. Für dieses Hilfsmittel kommt den Mitgliedstaaten ein gewisser Gestaltungsspielraum zu.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG IX

Der EuGH leitet die Zeiterfassungspflicht nach unserer Interpretation aus sekundärem Richtlinienrecht her, aus der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG. Aus Art. 6 Abs. 1 dieser Richtlinie ergibt sich nach EuGH CCOO die Verpflichtung, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von jedem Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.

➤ EuGH 14. Mai 2019 - C-55/18 - CCOO Rn. 62, 68 f.

Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 288 Abs. 3 AEUV erfasst auch die Verpflichtung der nationalen Gerichte, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich unionsrechtskonform auszulegen.

Rezeption von EuGH CCOO durch den Ersten Senat des BAG X

Wir leiten das „Ob“ der Arbeitszeiterfassungspflicht aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG ab. Die Vorschrift soll Art. 6 Abs. 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG umsetzen.

➤ BT-Drs. 13/3540 S. 16

Der Erste Senat des BAG nimmt nicht an, dass sich aus anderen Gesetzen als dem ArbSchG ein der Zeiterfassungspflicht entgegenstehender Wille des nationalen Gesetzgebers ergibt, vor allem nicht aus § 16 Abs. 2 Satz 1 ArbZG.

Die Arbeitszeit ist nicht nur im ArbZG geregelt. Auch das ArbSchG kennt die Arbeitszeit, wie die Regelung der Gefährdungsbeurteilung in § 5 Abs. 3 Nr. 4 ArbSchG zeigt.

Zum versöhnlichen Schluss: Selbstbeschränkung des EuGH

Ich erkenne in der Rechtsprechung des EuGH neben der kompetenzausdehnenden Linie der horizontalen Direktwirkung inzwischen auch kluge Tendenzen der Selbstbeschränkung.

Dafür beziehe ich mich auf die Nachtarbeitszuschläge und das Tragen eines islamischen Kopftuchs.

- EuGH 7. Juli 2022 C-257/21 und C-258/21 Coca-Cola European Partners Deutschland u. a.
- EuGH vom 15. Juli 2021 in den verbundenen Rechtssachen - C-804/18 und C-341/19 - WABE und MH Müller Handel

Selbstbeschränkung des EuGH: Tarifliche Nachtarbeitszuschläge I

Der Zehnte Senat des BAG hat in Streitigkeiten über tarifliche Nachtarbeitszuschläge Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet, wie Sie alle wissen.

Vor dem Zehnten Senat des Bundesarbeitsgerichts sind bzw. waren mehr als 400 Revisionen anhängig, in denen über höhere tarifliche Nachtarbeitszuschläge für Nachtschichtarbeit gestritten wird, wie Sie alle wissen (Termine des Zehnten Senats: 22. Februar, 22. März, 24. Mai und 28. Juni 2023).

Es geht um viele verschiedene Tarifverträge, die zwischen regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit unterscheiden. Die regelmäßige Nachtarbeit wird nach den Tarifverträgen schlechter bezahlt als die unregelmäßige.

Tarifliche Nachtarbeitszuschläge II

Der EuGH hat am 7. Juli 2022 in den verbundenen Rechtssachen *Coca-Cola European Partners Deutschland u. a.* auf die Vorabentscheidungsersuchen des Zehnten Senats vom 9. Dezember 2020 (- 10 AZR 332/20 (A) - und - 10 AZR 333/20 (A) -) geantwortet (C-257/21 und C-258/21).

Er hat entschieden, dass diese ungleiche Behandlung das Unionsrecht nicht durchführt iSv. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC. Die Frage der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung nach Art. 20 GRC stellte sich für den EuGH deshalb nicht mehr.

➤ *Dombrowsky* SAE 2022, 84 ff.

Tarifliche Nachtarbeitszuschläge III

Der Zehnte Senat des BAG hat die ersten Leitentscheidungen am 22. Februar und 22. März 2023 getroffen und wird weitere Entscheidungen am 24. Mai und 28. Juni 2023 treffen. In den ersten Entscheidungen hat er die jeweiligen tariflichen Differenzierungen zwischen regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit für gerechtfertigt gehalten.

Nach Auskunft der Spitzenorganisationen DGB und BDA sollen in allen drei Instanzen der Arbeitsgerichtsbarkeit etwa 6.000 solcher Fälle anhängig sein.

Tarifliche Nachtarbeitszuschläge IV

Das Prüfungsprogramm des Art. 20 der Charta war aus Sicht der Vorabentscheidungsersuchen des BAG lediglich eröffnet, wenn die nationale Tarifnorm mit Blick auf die unterschiedliche Höhe der Nachtarbeitszuschläge die entsprechenden Vorgaben der Richtlinie 2003/88/EG durchführt iSv. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Charta.

Nur dann stellte sich die Frage, ob die tarifliche Differenzierung zwischen regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit mit Art. 20 der Charta vereinbar ist.

- BAG 9. Dezember 2020 - 10 AZR 332/20 (A) - Rn. 87
- BAG 9. Dezember 2020 - 10 AZR 333/20 (A) - Rn. 87
- Vor dem EuGH anhängig gewesen unter - C-257/21 - und C- 258/21 - Coca-Cola European Partners u. a.

Tarifliche Nachtarbeitszuschläge V

Gegen zwei Entscheidungen, in denen der Zehnte Senat eine sog. Anpassung nach oben wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG vorgenommen hat, sind Verfassungsbeschwerden anhängig (- 10 AZR 334/20 - und - 10 AZR 335/20 -).

Die Fälle sind tarifpolitisch „aufgeladen“, weil sich das individuelle Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG und die kollektiven Rechte der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG gegenüberstehen.

Selbstbeschränkung des EuGH: *WABE und MH Müller Handel*

Urteil des EuGH vom 15. Juli 2021 in den verbundenen Rechtssachen - C-804/18 und C-341/19 - *WABE und MH Müller Handel* - sehr verkürzt -:

Bei der Prüfung der Frage, ob eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung angemessen ist, dürfen nationale Vorschriften, die die Religionsfreiheit schützen, als günstigere Vorschriften berücksichtigt werden.

- Dazu *Lenaerts/Rüth* RdA 2022, 273, 274, 279
- Zustimmend *Schubert* ZFA 2022, 441

EuGH S.C.R.L. (*Vêtement à connotation religieuse*)

Der EuGH hat seine Rechtsprechung zum Tragen eines Kleidungsstücks mit religiösem Bezug in der Sache - C-344/20 - S.C.R.L. (*Vêtement à connotation religieuse*) weiter ausdifferenziert.

- Vgl. die Übersichten zu der Rspr. des EuGH von *Hartmann* EuZA 2022, 393 und *Haag/Trendle* AuA 2022 Nr. 9 S. 32

Die Begriffe Religion und Weltanschauung in Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG umfassen religiöse, weltanschauliche und spirituelle Überzeugungen.

Eine Bestimmung in einer Arbeitsordnung, die es verbietet, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen durch Worte, die Kleidung oder auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen, ist keine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung iSv. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78/EG, wenn die Bestimmung allgemein und unterschiedslos angewandt wird.

- Erläuternd *Fuhlrott* EWiR 2022, 696; *Rudnik/Wieg* NZA 2022, 1515

Ergebnisse I

1. Das Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 zu dem Staatsanleihekaufprogramm *PSPP* der Europäischen Zentralbank hat die Konfliktlinien zwischen dem Gerichtshof der Europäischen Union und den nationalen Gerichten besonders sichtbar gemacht.

2. Der Ultra-vires-Vorwurf entzündet sich häufig an der unmittelbaren Wirkung von grundrechtsgestütztem Richtlinienrecht zwischen Privaten und an subjektiven Rechten, die der Gerichtshof Teilen der Charta entnimmt.

Ergebnisse II

3. Die horizontale Direktwirkung von grundrechtsgestütztem Richtlinienrecht und die Wirkung von Teilen der Charta als subjektive Rechte befördern eine vertiefte europäische Integration. Diese Vertiefung der europäischen Einigung ist das Kodifikationsziel der Charta. Nach dem ersten Absatz ihrer Präambel sind die Völker Europas entschlossen, auf der Grundlage gemeinsamer Werte eine friedliche Zukunft zu teilen, indem sie sich zu einer immer engeren Union verbinden.

4. Die Rechtsprechungslinie der Großen Kammer des Gerichtshofs in den Sachen *Mangold*, *Kücükdeveci*, *Dansk Industri*, *Egenberger*, *IR*, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, *Bauer und Willmeroth* sowie *CCOO* bildet die Kodifikationsidee der Charta ab.

5. Der EuGH beschränkt sich auf der anderen Seite mittlerweile selbst. Das zeigen etwa die Entscheidungen in den Sachen *Coca-Cola European Partners Deutschland u. a.* sowie *WABE* und *MH Müller Handel*.

Dank

Ich danke Ihnen sehr herzlich dafür, dass Sie mir so lange zugehört haben, und freue mich auf eine kontroverse Diskussion.