

sionsrecht. Das Arbeitsverhältnisstatut wird unter den formellen und materiellen Bedingungen von Art. 3 ERL durch das Recht des Bestimmungslands verdrängt. Das Recht des Bestimmungslands bestimmt auch Lohnhöhe und Lohnbestandteile (sowie den Inhalt der sonstigen Arbeitsbedingungen des harten Kerns). Ziel ist die Gleichstellung entsandter Arbeitnehmer mit den im Bestimmungsland beschäftigten Arbeitnehmern. Entsendung dürfte daher aus arbeitsrechtlicher Sicht keine finanziellen Vorteile mehr bieten. Die Dynamisierung der Entsendungssachverhalte zeigt aber, dass die ERL nicht lückenlos angewendet wird. Die Entlastung der Durchsetzung von Art. 3 ERL im Bestimmungsland von Anrechnungsfragen und die durch die DurchsetzungsRL verstärkten ermöglichten Konstruktionen zur Geltendmachung der Ansprüche durch Dritte – im vorliegenden Fall Klageerhebung durch eine Gewerkschaft des Bestimmungslands – können ein Beitrag zu einer besseren Durchsetzung sein, werden letztlich aber auch ihre Grenzen in der tatsächlichen Interessenlage finden.

## Anmerkung von Stefan Perner:

### I. Einleitung

Der vorliegenden Entscheidung liegt ein klassischer Fall der *grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern* zugrunde,<sup>27</sup> auf den die Entsende-RL 96/71/EG anwendbar ist. Das Urteil hat zwei Schwerpunkte: *Erstens* beschäftigt sich der EuGH mit dem Begriff des „Mindestlohn“ iSd Richtlinie. *Zweitens* hatte das vorlegende finnische Gericht Zweifel, ob die klagende finnische Gewerkschaft befugt war, die zedierten Ansprüche der entsendeten Arbeitnehmer geltend zu machen. Polnisches Recht untersagt nämlich die Abtretung von arbeitsvertraglichen Lohnansprüchen.

Während es beim ersten Problemkreis um typische Materienfragen der Richtlinienauslegung ging,<sup>28</sup> hatte die zum zweiten Bereich vorgelegte Frage eine besondere, *über das Europäische Arbeitsrecht hinausgehende Sprengkraft*: Das finnische Gericht wollte wissen, ob sich „eine im Interesse von Arbeitnehmern handelnde Gewerkschaft [...] direkt auf Art. 47 der Grundrechtecharta als unmittelbare Rechtsquelle gegenüber einem Dienstleistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat berufen [kann], wenn die als Art. 47 zuwider-

<sup>27</sup> Siehe nur *Franzen* NZA 2015, 338.

<sup>28</sup> Siehe neben dem Beitrag von *Franzen* NZA 2015, 338 die Anmerkung von *Bayreuther* EuZW 2015, 312; weiters *Christoph Wiesinger*, Die Auswirkung der Entscheidung Sähköalojen ammattiliitto auf österreichische Entgeltregelungen, RdW 2015, 373 (Das Recht der Wirtschaft); ausführlich zum Thema in *Franzen/Gallner/Oetker*, 2016, RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 13 ff.; *Eva Maria Tscherner*, Arbeitsbeziehungen und Europäische Grundfreiheiten, 2012, insb. 257 ff.

laufend gerügte Bestimmung [...] eine rein nationale Vorschrift ist“.<sup>29</sup> Damit spricht das Gericht nicht nur die Frage nach einer Bindung Privater (Dienstleistungserbringer) an die Grundrechte an, sondern thematisiert mit dem Anwendungsbereich der Charta („rein nationale Vorschrift“) zugleich noch ein weiteres umstrittenes Thema.

Schon die Lektüre der Wiedergabe der Vorlagefrage in Rn. 19 der vorliegenden Entscheidung lässt vermuten, dass das vorliegende Gericht auf seine Frage vom EuGH keine Antwort bekommen wird. Die weiteren Ausführungen bestätigen dies, wobei dieser Umstand für sich genommen nicht gegen eine Drittwirkung spricht, sondern darauf zurückzuführen ist, dass der Gerichtshof einen – nicht ganz ungeschickten – Bogen um die Antwort macht.

Das vorliegende Urteil lässt die Frage daher in Wahrheit offen und bietet – bei näherer Betrachtung – einen guten Anlass für einige Bemerkungen zum Verhältnis von *Grundrechtecharta und Privatrecht*. Zu diesem Zweck ist zunächst auf die Ausführungen des Gerichtshofs einzugehen, mit denen er den vom finnischen Gericht vermuteten Widerspruch polnischen Rechts mit dem Postulat des effektiven Rechtsschutzes (Art. 47 GRC) vom Tisch wischt. Anschließend ist zum grundrechtlichen Bezug Stellung zu nehmen.

## II. Abtretung der Mindestlohnansprüche

Wie der Gerichtshof eingangs feststellt, verbietet polnisches Recht die Abtretung von Lohnansprüchen, während finnisches sie erlaubt. Die Begründung für die Klagebefugnis der Gewerkschaft scheint sich dann allerdings darin zu erschöpfen, dass die Klage in Finnland eingebracht wurde.<sup>30</sup> Neben dem Rückgriff auf die *lex fori* findet sich nämlich bloß die Bemerkung, dass es im Ausgangsrechtsstreit um die Auslegung des Begriffes „Mindestlohnsatz“ gehe, der sich aufgrund der Entsende-RL nach dem Recht des Aufnahme Staates (Finnland) richte. Dieser Hinweis kann nicht überzeugen, weil der Umfang des Mindestlohns und die Möglichkeit seiner Abtretung nicht vermischt werden dürfen.<sup>31</sup>

Richtigerweise handelt es sich um eine *international-privatrechtliche Frage*. Nach Art. 14 Abs. 2 Rom I richtet sich die Übertragbarkeit der Forderung nach dem Recht des Staates, dem die Forderung unterliegt. Da die Parteien polnisches Recht gewählt haben und dieses die Abtretung verbietet, wäre die Klagebefugnis der finnischen Gewerkschaft nach dem Wortlaut des Art. 14

<sup>29</sup> Rn. 18 (Vorlagefrage 1; die Fragen 2–5 betreffen ebenfalls den genannten Themenbereich).

<sup>30</sup> Rn. 20 f. Der Gerichtshof spricht dort außerdem davon, dass die Gewerkschaft nach finnischem Recht befugt sei, „im Namen der entsandten Arbeitnehmer“ zu klagen. Tatsächlich ging es allerdings um die Wirksamkeit der Forderungsabtretung (Rn. 13), die zu einer Klage der Gewerkschaft im eigenen Namen berechtigen soll.

<sup>31</sup> Zutreffend krit. bereits *Franzen NZA 2015, 340*.

Abs. 2 Rom I aber zu verneinen.<sup>32</sup> Eine in der Lehre prominent vertretene Auffassung möchte Abs. 2 jedoch auf gesetzliche Abtretungsverbote, die dem Gläubigerschutz (in concreto: Arbeitnehmerschutz) dienen, nicht anwenden, sondern gemäß Abs. 1 am Abtretungsstatut anknüpfen.<sup>33</sup> Folgt man dieser Auffassung, die allerdings auch zahlreiche Gegenstimmen findet,<sup>34</sup> wäre die Abtretung zulässig.

Generalanwalt *Wahl* schlägt in seinen Schlussanträgen einen anderen Weg ein, um zur Wirksamkeit der Abtretung an die Gewerkschaft zu gelangen.<sup>35</sup> Die Lohnforderungen fallen nach seiner Auffassung „in den Anwendungsbereich der in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71 enthaltenen speziellen Kollisionsnorm“,<sup>36</sup> die den Arbeitnehmern ua den Mindestlohn des Aufnahmestaats (Finnland) garantiert. Diese Kollisionsnorm gehe der Rom I-VO nach deren Art. 23 vor, sodass finnisches Recht auf die Forderungen zur Anwendung zu bringen sei und der Wirksamkeit ihrer Abtretung aus diesem Grund nichts im Wege stehe.

Für diese Ansicht spricht, dass Art. 3 der Entsende-RL die Mitgliedstaaten verpflichtet, einen harten Kern an Arbeitsbedingungen zu garantieren und die entsprechenden Bestimmungen als Eingriffsrecht auszugestalten.<sup>37</sup> Es ist daher durchaus schlüssig zu sagen, dass finnisches Recht auf die Mindestlohnansprüche zur Anwendung kommt, weshalb dieses gemäß Art. 14 Abs. 2 Rom I auch die Wirksamkeit der Abtretung entscheidet.<sup>38</sup>

Die Befürchtung des finnischen Vorlagegerichts, dass die Abtretung der Lohnansprüche der Arbeitnehmer an die Gewerkschaft unzulässig war, bewahrheitet sich nach der vom Generalanwalt vertretenen Auffassung also nicht. So abwegig, wie die Lektüre der vorliegenden Entscheidung vermuten lässt, ist sie freilich auch nicht, sie wird vielmehr in der Lehre sogar geteilt.<sup>39</sup> Damit ist auch die Sorge, dass sich eine vom europäischen Gesetzgeber nicht gewollte Rechtsschutzlücke auftut, nicht einfach von der Hand zu weisen. Schon aus diesem Grund, aber vor allem wegen der Sprengkraft der Vorlagefrage ist die Auswirkung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz auf das Privatrecht näher zu untersuchen: Kann sich die Gewerkschaft gegenüber dem

<sup>32</sup> Siehe *Franzen* NZA 2015, 340.

<sup>33</sup> *Flessner* IPRax 2009, 35 (42); *Rainer Hausmann* in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubarb. 2011, Rom I Art. 14 Rn. 45.

<sup>34</sup> *Dieter Martiny* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2015, Rom I Art. 14 Rn. 29 mwN.

<sup>35</sup> Tz. 40 ff., 48 ff.

<sup>36</sup> Tz. 56.

<sup>37</sup> *Michaela Windisch-Graetz* in Martin Franzen/Inken Gallner/Hartmut Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2016, Art. 1 RL 96/71/EG Rn. 13.

<sup>38</sup> Tz. 50 ff. Dagegen wendet sich *Franzen* NZA 2015, 340 mit dem Argument, dass die Entsende-RL keine Vorgaben zur Forderungsabtretung aufstelle. Dieser Einwand überzeugt nicht. *Wahl* behauptet nicht, dass die Richtlinie das *Kollisionsrecht der Abtretung* regelt, sondern das *auf die Lohnforderung anwendbare* Recht. Wegen Art. 14 Abs. 2 Rom I sei daher die Wirksamkeit der Abtretung nach finnischem Recht zu beurteilen.

<sup>39</sup> Siehe nur *Franzen* NZA 2015, 340.

Dienstleister auf dieses Grundrecht berufen, wenn die Abtretung nach dem anwendbaren Recht unzulässig sein sollte?

### III. Grundrechtswidrigkeit des Abtretungsverbots?

#### 1. Anwendungsbereich der Grundrechtecharta

Im vorliegenden Sachverhalt bewirkt eine *nationale Rechtsvorschrift* (polnisches Abtretungsverbot) eine (vermeintliche) Rechtsschutzlücke. Damit scheint der Anwendung der Grundrechtecharta eine erste erhebliche Hürde im Weg zu stehen.

Die Grundrechte der Charta gelten nämlich bekanntlich nicht uneingeschränkt, sondern sie binden gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC neben der Union selbst die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.“ Mitgliedstaatliche Vorschriften unterliegen also nach dem Wortlaut der Charta einer sehr eingeschränkten Kontrolle („Durchführung“).

Offensichtlich ist, dass die polnische Regelung nicht im engeren Sinn der *Durchführung des Unionsrechts*, insbesondere der Entsende-RL, dient. Es wird ja gerade danach gefragt, ob das (von der Richtlinie nicht vorgegebene) Abtretungsverbot die Durchsetzung der nach der Richtlinie bestehenden Mindestlohnansprüche in unzulässiger Weise behindert. Die Charta könnte aber dennoch einschlägig sein, weil sich die genannte Regelung immerhin im *Anwendungsbereich des Unionsrechts* aufhält, was nach Auffassung des Gerichtshofs ebenfalls ausreicht, um die Grundrechte der Charta zu „aktivieren“.<sup>40</sup>

Die Entsende-RL bewirkt grundsätzlich keine Harmonisierung des Arbeitsrechts für entsandte Arbeitnehmer, sondern sie enthält kollisionsrechtliche Regelungen.<sup>41</sup> Die nationalen Bestimmungen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen fallen daher nicht ohne weiteres in den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta.<sup>42</sup> Sähe man dies anders, wäre das *materielle Privatrecht* der Mitgliedstaaten schon deshalb im Lichte der Charta kontrollfähig, weil das *Kollisionsrecht* durch die Rom-Verordnungen europäisiert ist.<sup>43</sup> Durch eine international-privatrechtliche Regelung wird das materielle Recht aber gerade nicht erfasst, weshalb es nicht konsequent wäre, von einer Eröffnung des Anwendungsbereichs auszugehen.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> EuGH 26.2.2013 – C-617/10 Rn. 19 ff – Åkerberg Fransson; Ausf. Martin Borowsky in Jürgen Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., 2014, Art. 51 Rn. 24 ff., 30 b mwN.

<sup>41</sup> Windisch-Graetz in Franzen/Gallner/Oetker, 2016, RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 6 ff.

<sup>42</sup> Rebhahn in Franzen/Gallner/Oetker, 2016, RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 1.

<sup>43</sup> Vgl. Rebhahn in Franzen/Gallner/Oetker, 2016, RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 1.

<sup>44</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass nationales Entsenderecht nicht aus anderen Gründen im Lichte der Grundrechtecharta kontrollfähig sein kann. Soweit seine Ausgestaltung etwa die Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers (Art. 56 AEUV) beeinträchtigt, ist der Anwendungsbereich des Unionsrechts – und damit der Charta – iSd Judikatur des Gerichtshofs eröffnet (vgl. EuGH – C-617/10 – Åkerberg Fransson, Rn. 19 ff.).

Gerade für die vorliegende Bestimmung liegt der Fall jedoch anders. Art. 5 der Entsende-RL *betrifft die Rechtsdurchsetzung* und verpflichtet die Mitgliedstaaten, „geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie“ vorzusehen. Insbesondere sei sicherzustellen, dass „den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen.“ Die Durchsetzungs-RL 2014/67/EU, deren Zweck die Sicherstellung der Einhaltung der Entsende-RL ist (vgl. EG 5), spricht die *Beteiligung von Gewerkschaften* an einem Verfahren zur Durchsetzung der Ansprüche entsandter Arbeitnehmer in Art. 11 Abs. 3 explizit an (siehe noch unten 3.). In diesem Bereich beschränken sich die europarechtlichen Rechtsgrundlagen (Entsende-RL und Durchsetzungs-RL) also nicht auf das Kollisionsrecht. Die Rechtsdurchsetzung wird vielmehr explizit geregelt und damit vom Anwendungsbereich des Unionsrechts erfasst. Daher ist davon auszugehen, dass eine nationale Bestimmung wie das hier interessierende polnische Abtretungsverbot, das die Durchsetzung von arbeitsrechtlichen Ansprüchen betrifft, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt und im Lichte der Grundrechtecharta kontrollfähig ist.

## 2. Keine Bindung Privater?

Art. 51 Abs. 1 GRC scheint aber noch eine weitere Hürde für die Anwendung der Charta im vorliegenden Fall aufzustellen, weil dort zwar Union und Mitgliedstaaten als Normadressaten genannt werden, nicht hingegen private Akteure. Somit scheidet nach dem Wortlaut der Bestimmung eine Bindung des Privaten (hier: Dienstleistungserbringer) an das Grundrecht aus.

Die Hürde ist jedoch tatsächlich eine scheinbare. Nach hA steht Art. 51 Abs. 2 GRC nämlich nur einer unmittelbaren Drittwirkung der darin enthaltenen Grundrechte im Weg.<sup>45</sup> Sehr wohl aber kommen auf Grundrechten der Charta basierende *mitgliedstaatliche Schutzpflichten* in Betracht.<sup>46</sup> Eine solche „mittelbare Drittwirkung“ kann allerdings ebenfalls starke Wirkungen entfalten.<sup>47</sup> Insbesondere sind bei ausbleibender oder mangelhafter Erfüllung des grundrechtlichen Schutzauftrages durch den Privatrechtsgesetzgeber *Rechtsfortbildungen* zu erwägen, nationale Normen des Privatrechts können – aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts – auch *unanwendbar* sein, wenn sie mit den Grundrechten unvereinbar sind.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> SA *Trstenjak* 8.9.2011 – C-282/10 – Dominguez, Tz. 80 ff.; *Armin Hatje* in Jürgen Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., 2012, Art. 51 GRC, Rn. 22; *Thorsten Kingreen* in Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, GRCh Art. 51. Rn. 22; *Stefan Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 2013, 157; *Carsten Herresthal*, Grundrechtecharta und Privatrecht, ZEuP 2014, 238 (254); *Frank Schorkopf* in Christoph Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 3 Rn. 33. Zur Entstehung der Bestimmung ausführlich *Borowsky* in Meyer, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31 ff.

<sup>46</sup> Siehe nur *Perner* (Fn. 46) 157 f.; *Herresthal* ZEuP 2014, 255 f.; jeweils mit zahlreichen Nw.

<sup>47</sup> Zur Charta *Perner* (Fn. 46) 162 ff.; *Herresthal* ZEuP 2014, 270 ff.; *Borowsky* in Meyer, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31.

<sup>48</sup> *Perner* (Fn. 46) 179 zu Grundrechten des Arbeitslebens.

Gelangt man im konkreten Fall also zur Auffassung, dass das polnische Abtretungsverbot in Widerspruch zu Art. 47 GRC steht, so ist der Dienstleistungserbringer zwar nicht an das Grundrecht gebunden (keine unmittelbare Drittwirkung). Insofern wäre die erste Vorlagefrage bereits an dieser Stelle der Untersuchung zu verneinen. Damit dürfte sich die Antwort aber nicht begnügen. Die Grundrechtswidrigkeit des polnischen Abtretungsverbots könnte nämlich nach dem bisher Gesagten sehr wohl im privatrechtlichen Rechtsstreit ins Treffen geführt werden: Die Charta nimmt am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil, entgegenstehendes nationales Recht (Abtretungsverbot) bliebe unangewendet, um den grundrechtlich vorgegebenen Schutzauftrag (Rechtsschutz) effektiv zu erfüllen.

Die entscheidende Frage ist freilich, ob das Grundrecht im vorliegenden Zusammenhang eingreift. Dies ist durch Auslegung zu ermitteln und für die konkrete Fragestellung (Abtretungsverbot im Lichte des Art. 47 GRC) nun zu prüfen.

### 3. Auslegung des Art. 47 GRC

Im vorliegenden Fall steht ein Verstoß gegen Art. 47 GRC im Raum. Die Bestimmung gewährt jeder Person, die in einem durch das Recht der Union garantierten Recht verletzt wurde, einen „wirksamen Rechtsbehelf“ bei einem Gericht und in einem „fairen Verfahren“. Nun ist zwar eine Pflicht der Mitgliedstaaten, die Rechtsdurchsetzung im Privatrecht entsprechend den Vorgaben dieser grundrechtlichen Gewährleistung auszugestalten, natürlich anzuerkennen. Dennoch lässt sich eine gewisse Kreativität der Fragestellung des Vorlagegerichts nicht leugnen:

Zunächst ist schon nicht ganz klar, um wessen subjektives Recht auf effektiven Rechtsschutz es eigentlich gehen soll. Das Recht der Gewerkschaft wird wohl nicht gemeint sein, weil diese bloß fremde Interessen, nämlich die der Arbeitnehmer, vertritt. Geht es um den effektiven Rechtsschutz der entsandten Arbeitnehmer, ist aber festzuhalten, dass deren Möglichkeit, ihren Anspruch vor einem ordentlichen Gericht in einem fairen Verfahren einzuklagen, durch das Abtretungsverbot zunächst einmal überhaupt nicht beeinträchtigt wird.

Der Eingriff könnte also bloß darin begründet sein, dass das Abtretungsverbot dem Arbeitnehmer eine adäquate Unterstützung im Verfahren nimmt. Dass dies aber nicht zutreffen dürfte, zeigt Art. 47 GRC selbst, wenn sich dort der Hinweis findet, dass sich jede Person „beraten, verteidigen und vertreten lassen“ kann. Diese Möglichkeit ist den Arbeitnehmern zweifellos auch bei wirksamem Abtretungsverbot nicht verwehrt. Dieses Verständnis von Rechtsschutz liegt schließlich auch Art. 11 der Durchsetzungs-RL 2014/67/EU zugrunde. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Gewerkschaften „sich entweder im Namen oder zur Unterstützung der entsandten Arbeitnehmer“ an Gerichtsverfahren beteiligen können. Von einer Verpflichtung, eine Abtretung der Forderung zuzulassen, ist nicht die Rede.

Zusammengefasst ist festzuhalten: Selbst wenn man zur Auffassung gelangen sollte, dass die Abtretung der Lohnforderungen an die Gewerkschaft unwirksam war (vgl. oben II.), ist die auf eine Bindung des Dienstleisters an Art. 47 GRC abzielende Frage des finnischen Vorlagegerichts zu verneinen. Zwar ist eine Drittwirkung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz grundsätzlich denkbar. Das von Art. 47 GRC gebotene *Schutzniveau* wird allerdings – bei weitem – *nicht unterschritten*.<sup>49</sup>

Die Fragestellung des Vorlagegerichts zeigt allerdings, dass eine *Unsicherheit über die Reichweite der Drittwirkung der Charta-Grundrechte* besteht. Dies betrifft vor allem den Bereich des Arbeitslebens, wie in der Folge noch abschließend zu zeigen ist.

#### IV. Grundrechtecharta als Korrektiv in Ausnahmefällen

Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass immer noch eine gewisse Unsicherheit über die Drittwirkung der Europäischen Grundrechte besteht.<sup>50</sup> Ein näherer Blick auf die Judikaturentwicklung des Gerichtshofs zeigt jedoch eine Rechtsprechung, die zunehmend klarere Konturen aufweist. Dies lässt sich im Bereich des Arbeitsrechts zeigen, in dem sowohl die Gleichheitsgrundrechte (Titel III) als auch die sozialen Rechte (Titel IV) eine Rolle gespielt haben.

In seinen berühmten Entscheidungen zur Altersdiskriminierung (*Mangold, Küçükdeveci*) ging der Gerichtshof von einem sehr weitgehenden Einfluss der Europäischen Grundrechte auf das Privatrecht aus.<sup>51</sup> Auch der Schlussantrag von GA Cruz Villalón in der Rs. *Association de médiation sociale (AMS)*, wo es um die Drittwirkung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung im Betrieb ging (Art. 27 GRC), reiht sich in diese Linie ein.<sup>52</sup> Es handelt sich jeweils um Fälle, in denen ein Europäisches Grundrecht durch eine arbeitsrechtliche Richtlinie konkretisiert wird<sup>53</sup> und ein Mitgliedstaat diese fehlerhaft umsetzt. Im privatrechtlichen Rechtsstreit stützt sich die eine Partei (Arbeitgeber) auf nationales Privatrecht, die andere Partei (Arbeitnehmer) macht eine Grund-

<sup>49</sup> Selbst wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgen sollte, würde das Abtretungsverbot einer Grundrechtsprüfung aber standhalten, weil das Abtretungsverbot wohl primär dem Arbeitnehmerschutz (!) dient und somit gerechtfertigt ist.

<sup>50</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit etwa den Befund von Herresthal ZEuP 2014, 277 ff.

<sup>51</sup> EuGH 22.11.2005 – C-144/04 – Werner Mangold/Rüdiger Helm; EuGH 19.1.2010 – C-555/07 – Seda Küçükdeveci/Swedex GmbH&Co. KG. Das Verbot der Altersdiskriminierung wurde in diesen Entscheidungen bekanntlich – mangels Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta – als „Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ eingeordnet, den der Gerichtshof den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ entnommen hat (Art. 6 Abs. 3 EUV). Mittlerweile ist Art. 21 Abs. 1 GRC einschlägig.

<sup>52</sup> SA Cruz Villalón 18.7.2013 – C-176/12 – Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT ua (vgl. nur Tz. 80).

<sup>53</sup> Altersdiskriminierung: RL 2000/78/EG (Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf). Recht auf Unterrichtung und Anhörung im Betrieb: RL 2002/14/EG (Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft).

rechtswidrigkeit des Gesetzes geltend. Die zitierte Judikatur misst dem Grundrecht Drittwirkung zu: Die Konkretisierung durch die Richtlinie eröffne den Anwendungsbereich des Unionsrechts, ermögliche damit die Kontrolle des nationalen Privatrechts im Lichte der Grundrechtecharta und könne daher im Privatrechtsverhältnis Bedeutung erlangen.<sup>54</sup>

Die Richtigkeit der grundsätzlichen *Bejahung einer Drittwirkung* lässt sich nun bei den sozialen Grundrechten zwar tatsächlich nicht bestreiten. Sie richten sich zwar gegen die Union und die Mitgliedstaaten und sind damit – wie erläutert – formal staatsgerichtet (Art. 51 Abs. 1 GRC). Ihr Zweck besteht jedoch in der Ausgestaltung des privatrechtlichen Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Damit haben sie nicht „auch“ Drittwirkung, soziale Grundrechte erschöpfen sich sogar in einer Aussage über das Privatrechtsverhältnis.<sup>55</sup> Sie begründen daher einen Schutzauftrag an Union und Mitgliedstaaten im Privatrecht<sup>56</sup> und sind Ausdruck der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.<sup>57</sup>

Die erwähnte Judikaturlinie sieht sich dennoch – auch<sup>58</sup> – aus grundrechtlichen Erwägungen Einwänden ausgesetzt. Zunächst lässt sich ein gewisses Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung erkennen, wonach Richtlinien im Horizontalverhältnis keine unmittelbare Wirkung haben.<sup>59</sup> Dieser Einwand kann zwar durch den eher technischen Hinweis aufgelöst werden, dass nicht die Richtlinie, sondern das (anders als die Richtlinie unmittelbar anwendbare) Grundrecht angewendet wird.<sup>60</sup> Das Ergebnis mutet aus grundrechtlicher Sicht dennoch eigenartig an. Sobald der Unionsgesetzgeber das Grundrecht konkretisiert, soll dieses plötzlich denselben Inhalt haben wie die Richtlinie und also im Privatrechtsverhältnis angewendet werden?

Tatsächlich ist die Lage eine andere: Das Grundrecht bestimmt die Bandbreite, innerhalb derer sich der Gesetzgeber bewegen kann und darf. Die Charta gibt aber nicht die eine oder andere konkrete Lösung vor.<sup>61</sup> Mit anderen Worten: Solange sich der Gesetzgeber innerhalb der grundrechtlich vorgegebenen Bandbreite bewegt, *greift das Grundrecht gerade nicht ein*.

<sup>54</sup> EuGH – C-144/04 Rn. 74 ff. – Mangold.

<sup>55</sup> Borowsky in Meyer, 4. Aufl. 2014, Art. 51 Rn. 31, im Anschluss an Perner (Fn. 46) 177 ff., 189. Weiters Johannes Heuschmid, Horizontalwirkung von Art. 27 Europäische Grundrechtecharta – Fehl- anzeige?, EuZA 2014, 514 (521 f.).

<sup>56</sup> Siehe Julia Iliopoulos-Strangas, Rechtsvergleichender Gesamtbericht, in Julia Iliopoulos-Strangas, Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon, 2010, 699, 980; Tscherner (Fn. 29) 356 f.

<sup>57</sup> Iliopoulos-Strangas, (Fn. 57) 977 ff.; Perner (Fn. 46) 177 ff.

<sup>58</sup> Umfassende Kritik etwa bei Lüder Gerken/Volker Rieble/Günter H. Roth/Torsten Stein/Rudolf Streinz, Mangold als ausbrechender Rechtsakt, 2009.

<sup>59</sup> In EuGH 5.10.2004 – C-397/01 et al Rn. 108 – Pfeiffer et al/Deutsches Rotes Kreuz; spricht der Gerichtshof von einer ständigen Rechtsprechung; siehe auch EuGH – C-555/07 Rn. 46 ff. – Küçükdeveci; EuGH 24.1.2012 – C-282/10 Rn. 42 – Maribel Dominguez/Centre informatique du Centre Ouest Atlantique.

<sup>60</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit etwa Stefan Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht, 2012, 50 ff. Eine unmittelbare Wirkung grundrechtskonkretisierender Richtlinien ablehnend auch Herresthal ZEuP 2014, 272 f.

<sup>61</sup> Vgl. Perner (Fn. 46) insb. 181 f.; Herresthal ZEuP 2014, 275.

Ein Beispiel: Art. 31 Abs. 2 GRC gewährt Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein Recht auf bezahlten Jahresurlaub. Art. 7 Abs. 1 Arbeitszeit-RL 2003/88/EG konkretisiert die grundrechtliche Anordnung und legt einen jährlichen Mindesturlaub von vier Wochen fest. Dadurch wird der *vierwöchige* Jahresurlaub aber nicht zu einer grundrechtlichen Vorgabe, sondern umgekehrt ist zu prüfen, ob sich die Richtlinie innerhalb der grundrechtlichen Bandbreite befindet, was sicher zu bejahen ist; der Richtliniengeber hätte wohl auch einen Mindesturlaub von drei oder fünf Wochen festlegen dürfen. Gewährt ein Mitgliedstaat nun drei Wochen Urlaub, liegt zwar ein Verstoß gegen die Richtlinie vor, nicht aber zwingend gegen ein Grundrecht. Man hätte also in den zitierten Fällen der Altersdiskriminierung nicht prüfen dürfen, ob der Mitgliedstaat formal gegen das „konkretisierte Grundrecht“, in der Sache aber gegen die Richtlinie verstößt, sondern ob der Mitgliedstaat den Schutz unterschreitet, der durch die Bandbreite des Grundrechts vorgegeben wird. Nur so begegnet man dem Hinweis, dass Richtlinien keine unmittelbare Horizontalwirkung haben, aus grundrechtlicher Sicht mit einem inhaltlichen Einwand.

In einer jüngeren Entscheidung ist der Gerichtshof mit Blick auf das Verhältnis von Grundrechtcharta und Arbeitsrecht vorsichtiger und rückt implizit von seiner früheren Judikatur ab. In der bereits erwähnten Rs. *Association de médiation sociale* ging es um die Drittwirkung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung im Betrieb (Art. 27 GRC). Das französische Gesetz hatte der RL 2002/14/EG – die dieses Grundrecht konkretisiert – nicht entsprochen, weil bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung nach der Richtlinienvorgabe mitzuzählende Personen nicht berücksichtigt wurden.<sup>62</sup>

Während der Generalanwalt wie dargelegt noch die Auffassung vertreten hatte, dass das nationale Gesetz unangewendet bleiben müsse, vertritt der Gerichtshof die gegenteilige Ansicht.<sup>63</sup> Die in der Richtlinie enthaltenen Vorgaben für die Berechnung der Beschäftigtenzahl des Unternehmens ließen sich nämlich weder aus dem Wortlaut des Art. 27 GRC noch aus den Erläuterungen zu diesem Artikel herleiten.<sup>64</sup> Dieser Hinweis trifft den entscheidenden Punkt: Das Grundrecht hat zwar Drittwirkung, aber nicht denselben Inhalt wie die Richtlinie.

Der EuGH hätte daher in seiner Entscheidung gar nicht so weit gehen müssen, dem Art. 27 GRC den Charakter des Grundrechts zu nehmen und ihn bloß als Grundsatz (vgl. Art. 52 Abs. 5 GRC) einzuordnen.<sup>65</sup> Dasselbe

<sup>62</sup> Siehe *Heuschmid* EuZA 2014, 514.

<sup>63</sup> *EuGH* 15.1.2014 – C-176/12 Rn. 41 ff. – *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGTua*.

<sup>64</sup> *EuGH* – C-176/12 Rn. 46 – *Association de médiation sociale*.

<sup>65</sup> Kritik bei *Elias Felten*, Arbeit und Soziales, in Günter Herzig, Jahrbuch Europarecht 2015, 245 (248 f.). Für die Einordnung als Grundrecht auch *Beate Rudolf* in Jürgen Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 27 Rn. 29 f. Dagegen *Robert Rebhahn* in Grabenwarter, Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 16 Rn. 57.

Ergebnis hätte sich auch erreichen lassen, wenn man das Recht auf Unterrichtung und Anhörung im Betrieb zwar als Grundrecht ansieht, das aber eben nur einen äußeren Rahmen festlegt, innerhalb dessen sich sowohl die Richtlinie als auch die nationale Bestimmung befanden. Im Kern ist jedoch festzuhalten, dass die Aussage des EuGH zutrifft: Der Inhalt der GRC ergibt sich nicht aus einer Richtlinie, sondern aus der Charta.

In der vorliegenden Entscheidung hatte der Gerichtshof also keine Gelegenheit, die Vorlagefrage zur Beziehung von Grundrechten und Privatrecht zu beantworten. Es hat sich aber gezeigt, dass der EuGH am besten Weg zu einer sachgerechten Beurteilung dieses Verhältnisses ist: Die Lösung privatrechtlicher Fallgestaltungen obliegt dem Privatrechtsgesetzgeber, dessen Eigenwertung respektiert wird. Die Grundrechte greifen nur in Ausnahmefällen als Korrektiv ein.

---

### aufgespießt

---

„Die Entscheidung des Berufungsgerichts, das die Begründetheit der Klage nicht anhand von Anspruchsgrundlagen geprüft hat, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.“

(BGH 9.5.2014 – Az. V ZR 305/12, Tz. 5 = NJW 2014, 2790, 2791; freundlicher Hinweis von Jakob Michael Gleim, Hamburg)