

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Olaf Deinert und
Prof. Dr. Rüdiger Krause,
Institut für Arbeitsrecht
der Georg-August-Universität
Göttingen



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Zur Bedeutung von IAO-Normen für das EU-Arbeitsrecht

Johannes Heuschmid Seite 1

Neue Formen der Wirtschaftssteuerung in der EU und das Arbeitsrecht in
den Mitgliedstaaten

Achim Seifert Seite 14

Rezensionsaufsätze

Tim Husemann, Das Verbot der parteipolitischen Betätigung –
Zur Auslegung des § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG

Ulrich Preis Seite 32

Susanne Moritz, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen
Menschen

Bernd Schulte Seite 37

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 44

Zur Bedeutung von IAO-Normen für das EU-Arbeitsrecht¹

Dr. Johannes Heuschmid, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Bedeutung und Auswirkung von Rechtsvorschriften der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) in der Rechtsprechung des EuGH. Mit dem Inkrafttreten der Europäischen Grundrechtecharta (EU-GRC) könnte eine neue Ära im Zusammenwirken beider Normbereiche eingeleitet worden sein. Es besteht also hinreichend Anlass, die Rezeption der Rechtsvorschriften der IAO durch den EuGH etwas näher zu betrachten.

Um die Relevanz des IAO-Rechts verlässlich einschätzen zu können, ist als Ausgangspunkt zunächst der Frage nach der authentischen Auslegung von IAO-Übereinkommen nachzugehen (I.). Sodann werden die Schnittstellen zwischen beiden Normbereichen näher beleuchtet (II.), im Anschluss daran ist darauf einzugehen, inwieweit der EuGH in seiner Rechtsprechung bislang auf IAO-Normen Bezug genommen hat (III.). Mit Blick auf die horizontalen Bestimmungen der EU-GRC ist ferner das künftige Potential von IAO-Normen bei der Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Menschenrechtsschutzes in der EU näher zu betrachten (IV.). Abschließend ist auf die Frage der Kollision von IAO-Übereinkommen mit dem Unionsrecht und deren Auflösung einzugehen (V.).

I. Die IAO und die Frage der authentischen Interpretation von IAO-Übereinkommen

Naturgemäß stellt sich bei den inzwischen knapp 190 IAO-Übereinkommen² regelmäßig die Frage, wie diese durchgesetzt³ werden und wer im Zweifel die Kompetenz zur authentischen Interpretation der Übereinkommen hat. Nicht einfacher wird die Beantwortung dieser Frage durch den komplexen aber doch relativ effektiven Überwachungsmechanismus der IAO.⁴ Zum einen gibt es ein Staatenberichtsverfahren (Art. 22 IAO-Verfassung), in dem eine Verletzung von Verpflichtungen aus IAO-Übereinkommen festgestellt werden kann. Ferner können Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände Beschwerden gegen einen Mit-

gliedstaat zum Verwaltungsrat (Art. 24 IAO-Verfassung) bzw. zum Ausschuss für Vereinigungsfreiheit erheben. Schließlich besteht für jeden Mitgliedstaat sowie für die Delegierten der Internationalen Arbeitskonferenz die Möglichkeit, ein Klageverfahren einzuleiten (Art. 26 IAO-Verfassung).⁵

Immer wieder thematisiert wird in diesem Zusammenhang die Frage, wer die Kompetenz zur authentischen Interpretation der IAO-Übereinkommen hat.⁶ Virulent wird dies insbesondere im Zusammenhang mit der Spruchpraxis der IAO-Gremien, namentlich dem IAO-Sachverständigenausschuss und dem IAO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit.⁷ So wurde in der Vergangenheit diese Spruchpraxis etwa deswegen in Frage gestellt, weil beide IAO-Gremien für eine authentische, für die Mitgliedstaaten verbindliche Interpretation nicht zuständig seien.⁸ Immerhin weist Art. 37 Abs. 1 IAO-Verfassung die Kompetenz zur letztverbindlichen Entscheidung von Auslegungsstreitigkeiten tatsächlich dem Internationalen Gerichtshof zu; gleichzeitig ermächtigt Art. 37 Abs. 2 IAO-Verfassung die Internationale Arbeitskonferenz, ein gesondertes Gericht für Auslegungsstreitigkeiten einzurichten. Von beiden Möglichkeiten hat die IAO bislang keinen Gebrauch gemacht.⁹ Vielmehr blieb es bei der Überwachung und damit einher-

1 Der Aufsatz führt die Überlegungen fort, die der Verfasser zusammen mit Thomas Klebe in der Festschrift für Klaus Lörcher veröffentlicht hat; vgl. Däubler/Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Baden-Baden 2013.

2 Weiss, FS Kempfen, 2013, 384, 386.

3 Ausf. Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, Baden-Baden 2008 (zitiert als: Zimmer), S. 62 ff.; Trebilcock, EuZA 2013, 178, 180 ff.

4 Lörcher, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung u. a. (Hrsg.), Weltfriede durch soziale Gerechtigkeit, Baden-Baden 1994, S. 76 ff.

5 Zum einzigen bisherigen Klageverfahren gegen die Bundesrepublik s. Seifert, in: Däubler/Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Baden-Baden 2013, S. 42 ff.

6 Däubler, in: Senghaas-Knobloch (Hrsg.), Weltweit geltende Arbeitsstandards trotz Globalisierung, Münster 2005, S. 108; Lörcher, in: Däubler (Hrsg.) Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, § 10 Rn. 51; Weiss/Seifert, in: GS Zachert, S. 130, 131; Trebilcock (Fn. 3), 181 f.; Zimmer (Fn. 5), S. 34 ff.

7 Lörcher (Fn. 6), § 10 Rn. 48 ff.; Weiss/Seifert (Fn. 6), S. 130, 134 f.

8 Seifert, KritV 2009, 357 ff.

9 Schlachter, RdA 2011, 314, 345.

gehend der Konkretisierung¹⁰ der IAO-Übereinkommen durch die soeben genannten IAO-Gremien. Inzwischen verfügen diese über eine langjährige Expertise, die sich in einer umfangreichen und sehr detaillierten Spruchpraxis niederschlägt.¹¹ Hieraus erwächst ein hoher Grad an sachlicher Autorität bzw. an »persuasive authority«¹², der es rechtfertigt, auf die formal in der IAO-Verfassung vorgesehenen Möglichkeiten der authentischen Interpretation zu verzichten.¹³ In der Praxis sind damit die IAO-Gremien die maßgeblichen Einrichtungen zur Auslegung der Übereinkommen.¹⁴

II. Schnittstellen zwischen EU-Recht und IAO-Recht

Im Gegensatz zu ihren Mitgliedstaaten ist die Europäische Union nicht Mitglied der IAO.¹⁵ Mitglieder der IAO können nur Staaten sein (Art. 1 IAO-Verfassung). Folglich scheidet eine unmittelbare völkervertragsrechtliche Bindung der EU an IAO-Übereinkommen aus. Formal besitzt die EU bei der IAO gegenwärtig lediglich Beobachterstatus¹⁶ – allerdings ohne Stimmrecht¹⁷ – und nimmt insoweit auch nicht an deren Rechtsetzungsverfahren teil.¹⁸ Aus Gründen der Rechtsklarheit wird bisweilen ein Beitritt der Union zur IAO vorgeschlagen.¹⁹ Hierfür müsste – ähnlich wie im Zusammenhang mit der EMRK²⁰ – die Verfassung der IAO geändert werden.²¹ Im Gegensatz zur EMRK ist ein solcher Beitritt zur Zeit jedoch nicht vorgesehen. Die Sozialpartner stehen einem derartigen Vorhaben ohnehin eher kritisch gegenüber.²² Dennoch kommt es immer wieder vor, dass IAO-Normen bei der EU-Rechtsetzung eine wichtige Rolle spielen.²³

Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, inwieweit der EuGH an die IAO-Übereinkommen gebunden ist. Nach dem soeben Geschilderten scheinen IAO-Normen für die Rechtsprechung bei oberflächlicher Betrachtung ohne größere Relevanz zu sein. Schaut man genauer hin, findet man dennoch einige Schnittstellen zwischen beiden Normbereichen, deren eingehendere Betrachtung sich lohnt.

Eine erste Schnittstelle findet sich in Art. 151 Abs. 1 AEUV. Dieser verweist ua. auf die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer²⁴, die ihrerseits in ihrer Präambel auf den Normbestand der IAO Bezug nimmt.²⁵ Dort heißt es: »Es scheint geboten, sich von den

Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (...) leiten zu lassen«. Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei Art. 151 AEUV um eine wichtige Auslegungshilfe für das primäre und sekundäre Unionsrecht.²⁶ Insoweit ist in Art. 151 AEUV eine Generalermächtigung zur Heranziehung von IAO-Übereinkommen zur Auslegung des Unionsrechts zu sehen.

Eine weitere Schnittstelle findet sich in Art. 6 Abs. 3 EUV (ex-Art. 6 Abs. 2 EUV). Der dort formulierte Verweis auf die Grundrechte als »allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts« umfasst auch völkerrechtliche Rechtserkenntnisquellen.²⁷ Mit Art. 6 Abs. 3 EUV wurde eine Rechtsprechungslinie des EuGH »nachkodifiziert«, die in der Entscheidung *Nold*²⁸ ihren Ausgang nahm. Dort hatte der EuGH vor längerer Zeit klargestellt, dass auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an

10 *Weiss/Seifert* (Fn. 6), S. 130, 134 f.

11 *Weiss/Seifert* (Fn. 6), S. 130 ff.; *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 51 ff.

12 *Kahn-Freund*, in: Jacobs (Hrsg.) *European Labour Law and the Individual*, Amsterdam 1976, S. 205.

13 *Schlachter* (Fn. 9), 341, 345; *Däubler* (Fn. 6), S. 108; *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 51.

14 *Schlachter* (Fn. 9), 341, 345; *Zimmer*, (Fn. 5), S. 34 ff; zur ESC: *Schlachter*, SR 2013, 77 ff.

15 *Lorenzmeier*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 351 Rn. 67.

16 *Ausf. Brinkmann* (Fn. 5), S. 326.

17 *Kokott*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl., München 2012, Art. 351 Rn. 57.

18 *Lorenzmeier*, (Fn. 15), Art. 351 Rn. 67; *Kokott* (Fn. 17), Art. 351 Rn. 30; *Ausf. Brinkmann* (Fn. 5), S. 332 ff.; *Seifert*, *IJCLL* 2013, 39, 43 ff.

19 *Kokott* (Fn. 17), Art. 351 Rn. 30.

20 *Lörcher*, *AuR* 2013, 23 ff.; *Leutheusser-Schnarrenberger*, FS Jäger, 2011, S. 135 ff.

21 *Kokott* (Fn. 17), Art. 351 Rn. 30. Eine andere Frage ist, ob nicht einzelne Übereinkommen einen Beitritt der EU vorsehen könnten. Dazu wäre eine Änderung der Schlussartikel erforderlich (s. zB. das Übereinkommen Nr. 116).

22 *Kokott* (Fn. 17), Art. 220 Rn. 57.

23 *Seifert*, FS Pfarr, 2010, S. 459 ff.; *Trebilcock* (Fn. 3), 185.

24 KOM (89) 248 endg; zur rechtlichen Qualität der Gemeinschaftscharta: *Eichenhofer* (Fn. 17), Art. 151 AEUV Rn. 23; *Heuschmid*, *Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?*, Baden-Baden 2009, S. 182 (zitiert als: *Heuschmid*).

25 *Bercusson*, in: Müntefering/Becker (Hrsg.), *50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht*, Baden Baden 2008, (zitiert als: Müntefering/Becker (Hrsg.)), S. 45.

26 EuGH, 29.9.1987 – 126/86 – Slg. 1987, 3697 (*Zaera*), Rn. 14; EuGH, 17.3.1993 – C-72/91 und C-73/91 – Slg. 1993, I-887 (*Sloman Neptun*), Rn. 26; *Rebhahn*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Art. 151 Rn. 8; *Eichenhofer* (Fn. 17), Art. 151 AEUV Rn. 23.

27 *Streinz* (Fn. 17), Art. 220 Rn. 25.

28 EuGH, 14.5.1974 – 4/73 – Slg. 1974, 491 (*Nold*).

deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, als Rechtserkenntnisquelle für die Herausbildung des Grundrechtsschutzes in der Union zu berücksichtigen sind.²⁹ Selbstredend sind hiervon auch die IAO-Übereinkommen erfasst.³⁰

Seit dem 1.12.2009 gilt mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon neben den Grundrechten aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Art. 6 Abs. 3 EUV) auch die EU-GRC gem. Art. 6 Abs. 1 EUV im Rang des Primärrechts. Die Präambel der EU-GRC geht ausweislich ihres Abs. 5 davon aus, dass sie lediglich die Rechte »bekräftigt«, die sich ohnehin aus den für die Unionsgrundrechte relevanten Rechtserkenntnisquellen (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV) ergeben. Hierzu zählen gem. Abs. 5 S. 1 der Präambel die »gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten«, wozu unter anderem auch die IAO-Übereinkommen gehören.³¹

Angesichts von Art. 6 Abs. 1 EUV, der die EU-GRC in den Rang des Primärrechts erhebt, könnte man meinen, die Inkorporation des Völkerrechts als Rechtserkenntnisquelle und damit auch der IAO-Übereinkommen durch Art. 6 Abs. 3 EUV habe sich mit dem Vertrag von Lissabon überholt. Diese Schlussfolgerung wäre allerdings voreilig. Denn für die Grundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen besteht weiterhin Raum. So können letztere insbesondere dann zur Anwendung kommen, wenn die Grundrechte der EU-GRC enger ausgelegt werden oder in Fällen, in denen die EU-GRC aufgrund der horizontalen Bestimmungen der Charta bzw. speziellen Regelungen³² ggf. keine Anwendung findet.³³ Folglich speist sich der Grundrechtsschutz der EU aus zwei parallel liegenden Strängen, die gleichberechtigt nebeneinander stehen und auch kumulativ zum Tragen kommen können.³⁴ Zwar findet der Grundrechtsschutz primär über die EU-GRC statt. Die Grundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind aber alles andere als bedeutungslos.³⁵

Eine besondere Rolle nehmen ferner die Kernarbeitsnormen der IAO-Erklärung von 1998³⁶ ein. Geht man mit der Literatur davon aus, dass es sich bei den betreffenden Übereinkommen um Völkergewohnheitsrecht iSd. Art. 38 Abs. 1 lit. b) IGH-Statut³⁷ handelt, hat dies auch Relevanz für die EU. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist die EU an die Regeln des Völkergewohnheitsrechts gebunden.³⁸ Bekräftigt wird diese Sichtweise durch das EuGH-Gutachten zum IAO-Übereinkommen 170³⁹, dem ein grundsätzlicher Bindungswille seitens der EU an IAO-

Übereinkommen entnommen werden kann.⁴⁰ Noch nicht entschieden ist damit die Frage, in welchem Verhältnis das Völkergewohnheitsrecht zum Unionsrecht steht. Eine explizite Festlegung des EuGH hierzu steht noch aus.⁴¹ Zu unterscheiden ist bei dieser Frage grundsätzlich zwischen dem allgemeinen Völkergewohnheitsrecht⁴² und dem völkergewohnheitsrechtlichen *ius cogens*⁴³. Was zunächst das völkergewohnheitsrechtliche *ius cogens* nach Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) anbelangt⁴⁴, geht dieses nach einer weit verbreiteten Auffassung dem Primärrecht vor.⁴⁵ Die Ableitung von *ius cogens* unterliegt gegenüber allgemeinem Völkergewohnheitsrecht gesteigerten Anforderungen. Vorausgesetzt wird, dass seine Anerkennung – auch in dieser besonderen Qualität – quasi universellen Charakter hat, also von fast allen Staaten getragen wird.⁴⁶

29 Heuschmid (Fn. 24), S. 73.

30 Heuschmid (Fn. 24), S. 177, 184 ff.

31 Bercusson (Fn. 25), S. 45; Meyer, in: Meyer EU-GRC, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Präambel Rn. 45; Jarass, EU-GRC, 2. Aufl. München 2013, Präambel Rn. 12.

32 Vgl. Protokoll Nr. 30, ausf. dazu: Heuschmid (Fn. 6), § 11 Rn. 19.

33 Streinz (Fn. 17), Art. 6 EUV Rn. 35.

34 Jarass (Fn. 31), Einl. Rn. 32; Streinz (Fn. 17), Art. 6 EUV Rn. 36.

35 Streinz (Fn. 17), Art. 6 EUV Rn. 35.

36 Erklärung der IAO über Grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen vom 18.6.1998; zu den dort aufgeführten Kernarbeitsnormen gehören die IAO Übereinkommen Nr. 29 und 105, Nr. 87 und 98, Nr. 138 und 182 sowie Nr. 100 und 111; vgl. auch: Trebilcock (Fn. 3), 178 f.

37 Marleau, in: Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir – Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos, Genf 2004, S. 363, 409; Alston, EJIL. 2004, 457, 493; Zimmer (Fn. 3), S. 72 ff; Lörcher (Fn. 6), § 10 Rn. 45; Fischer-Lescano, Austeritätspolitik und Menschenrechte – Rechtsgutachten im Auftrag der Arbeiterkammer Wien, Wien 2014, S. 22. Zwar können völkerrechtliche Verträge als solche keine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangen. Allerdings können die in den IAO-Übereinkommen niedergelegten Prinzipien eine solche Geltung erlangen, wenn sie durch Hinzutreten einer bestimmten Überzeugung allgemeinverbindlich werden, vgl. Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl., München 2004, § 16 Rn. 22.

38 EuGH, 16.6.1998 – C-162/96 – Slg. 1998, I-3655 (Racke), Rn. 54 f.; Kokott (Fn. 17), Art. 47 EUV Rn. 11 mwN. aus der Rspr.

39 EuGH, Gutachten, 2/91 zum Übereinkommen Nr. 170 der Internationalen Arbeitsorganisation, Slg. 1993, I-1061.

40 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 30; Lorenzmeier (Fn. 15), Art. 351 Rn. 67.

41 Kokott (Fn. 17), Art. 47 EUV Rn. 17.

42 Herdegen, Völkerrecht, 10. Aufl., München 2011, § 16 Rn. 1 ff.

43 Herdegen (Fn. 42), § 16 Rn. 14 f.

44 Zwar bindet Art. 53 WVK die Union nicht unmittelbar, allerdings gilt der *ius cogens*-Grundsatz für die Union selbst völkergewohnheitsrechtlich, vgl. Kadelbach, Zwingendes Völkerrecht, Berlin 1992.

45 Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 281 EG Rn. 43; Klein, in: HK-EU, Art. 210 EGV Rn. 6; zur Frage welche IAO-Übereinkommen hierzu gehören vgl. V.1.

46 Herdegen (Fn. 42), §16 Rn. 14.

Primärrecht, das dagegen verstößt, ist nichtig. Soweit sich diese Frage hingegen auf das allgemeine Völkerrecht bezieht, wird teilweise dafür plädiert, diesem dieselbe Bindungswirkung wie den völkerrechtlichen Verträgen der Union nach Art. 216 Abs. 2 AEUV beizumessen.⁴⁷ Da jedoch das Völkerrecht zumeist gleichzeitig Grundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen iSd. Art. 6 Abs. 3 EUV sind⁴⁸, spricht viel dafür, das Völkerrecht normhierarchisch zumindest auf der Ebene des Primärrechts anzusiedeln. Im Kollisionsfall mit anderem Primärrecht ist insoweit eine praktische Konkordanz herzustellen.⁴⁹ Wie später noch zu zeigen sein wird, sind verschiedene Konstellationen denkbar, in denen es zu Kollisionen von IAO-Übereinkommen mit EU-Rechtssätzen kommen kann (ausf. dazu V.).

Zu klären ist in diesem Zusammenhang überdies, wie weit die völkerrechtliche Bindung an die IAO-Kernarbeitsnormen reicht. Fraglich ist insbesondere, ob auch eine Bindung an die umfangreiche Spruchpraxis der IAO-Gremien besteht. Eine solche wird man jedenfalls dann annehmen können, wenn eine spätere Übung iSd. Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK gegeben ist.

Schließlich findet sich eine Schnittstelle in den Erwägungsgründen verschiedener EU-Richtlinien, die auf die einschlägigen IAO-Übereinkommen Bezug nehmen.⁵⁰

Festzuhalten bleibt damit, dass es verschiedene Schnittstellen zwischen dem Unionsrecht und dem Recht der IAO gibt. Die Bedeutung der IAO-Übereinkommen für die Rechtsprechung des EuGH ist aus dieser theoretischen Perspektive sehr facettenreich. So enthält Art. 151 AEUV etwa eine Generalermächtigung zur Heranziehung von IAO-Übereinkommen zur Auslegung des Unionsrechts. Am weitesten geht sicherlich die unmittelbare Bindung an die IAO-Kernarbeitsnormen, die zum Völkerrecht gehören. Bei der bisherigen Betrachtung wurden besondere Schnittstellen, die sich aus den horizontalen Bestimmungen der EU-GRC ergeben, ausgespart. Auf diese ist an späterer Stelle gesondert einzugehen.⁵¹

III. IAO-Übereinkommen in der Rechtsprechung des EuGH

In einem weiteren Schritt ist nun zu untersuchen, welche Rolle IAO-Übereinkommen bisher in der Praxis des

EuGH spielten. Um dieser Frage auf den Grund zu gehen, wird die jüngere Bezugnahmepraxis des EuGH seit dem Jahr 2000 näher betrachtet. Dabei fallen verschiedene Bezugnahmekategorien auf. Hierzu zählen zunächst Bezugnahmen im Bereich der Rechtsfortbildung, also zur Ableitung einer Rechtsposition, und Bezugnahmen im Bereich der Auslegung.

1. Bezugnahme zur Rechtsfortbildung

Die erste Kategorie ist die Bezugnahme auf IAO-Übereinkommen zur Rechtsfortbildung.⁵² Üblicherweise haben die auf diese Weise generierten Rechtspositionen grundlegende oder grundrechtsähnliche Qualität; letzteres ist jedoch nicht zwingend. In der Regel werden bei dieser Vorgehensweise neben dem IAO-Recht auch andere Rechtserkenntnisquellen in Bezug genommen⁵³ Dieses Vorgehen wurde, soweit ersichtlich, zum ersten Mal in der Entscheidung *Defrenne III*⁵⁴ angewandt und basiert dogmatisch auf dem oben dargelegten Ansatz der Entscheidung *Nold*⁵⁵, in der Völkerrecht zur Ableitung der Grundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Union herangezogen wurde.

47 *Fischer-Lescano* (Fn. 37), S. 20; zum Vorrang internationaler Übereinkünfte nach Art. 216 Abs. 2 AEUV vor dem abgeleiteten Unionsrecht: EuGH, 11.4.2013 – Rs C-335/11 und C-337/11 – über juris (*Ring ua.*), Rn. 28 mwN.

48 *Kokott* (Fn. 17), Art. 47 EUV Rn. 17.

49 *Kokott* (Fn. 17), Art. 47 EUV Rn. 17.

50 Richtlinie 94/33/EG (Erwägungsgrund Nr. 5); Richtlinie 2000/78/EG (Erwägungsgrund Nr. 4); Richtlinie 2003/88/EG (Erwägungsgrund Nr. 6); Richtlinie 2004/18/EG (Erwägungsgrund Nr. 33); um eine größere Konvergenz beider Normbereiche herbeizuführen, wäre es sinnvoll, diesen Ansatz auszubauen; so auch: *Trebilcock* (Fn. 3), 186 f.

51 Siehe unten: IV.

52 Einige Beispiele aus der neueren Rechtsprechung ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Schlussanträge des Generalanwaltes *Jääskinen*, 15.12.2011 – C-572/10 (*Amédée*) – noch nicht veröffentlicht – Rn. 33; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 16.6.2011 – C-123/10 – abrufbar über juris (*Brachner*), Rn. 49; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 14.4.2010 – C-271/08 – Slg. 2010, I-7091ff. (Kommission vs. Deutschland), Fn. 31; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 24.1.2008 – C-350/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff*), Rn. 36 ff.; EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (*Viking*), Rn. 43; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 90; Schlussanträge des Generalanwaltes *Colomer*, 12.5.2005 – C-207/04 – Slg. 2005, I-7453 ff. (*Vergani*), Rn. 30; Schlussanträge des Generalanwaltes *Colomer*, 13.1.2005 – C-356/03 – Slg. 2005, I-295 (Mayer), Rn. 32.

53 Soweit ersichtlich gibt es noch keine Entscheidung des EuGH, in der eine Rechtsposition allein aufgrund der isolierten Indiennahme eines IAO-Übereinkommen abgeleitet worden ist.

54 EuGH, 15.6.1978 – 149/77 – Slg. 1978, 1365 (*Defrenne III*), Rn. 26/29.

55 EuGH, 14.5.1974 – 4/73 – Slg. 1974, 491 (*Nold*).

Gerade auch in der jüngeren Rechtsprechung finden sich weitere Beispiele, in denen der Gerichtshof bzw. die Generalanwälte ähnlich vorgehen. Zu erwähnen sind hier zunächst die Entscheidungen *Viking*⁵⁶ und *Laval*⁵⁷. In beiden hat der Gerichtshof bei der Ableitung des »Rechts auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts« auf das IAO-Übereinkommen Nr. 87 verwiesen.⁵⁸ Interessant ist hierbei, dass man ein explizites Streikrecht im Übereinkommen nicht finden kann.⁵⁹ Vielmehr beruht dieses auf der Auslegung des Übereinkommens durch die IAO-Gremien, die jedoch – wie oben bereits dargelegt – nicht als »authentisch« im technischen Sinn qualifiziert werden kann. Dies hat den EuGH⁶⁰ – ähnlich wie später auch den EGMR⁶¹ – jedoch nicht davon abgehalten, sich die Interpretation der IAO-Gremien zu eigen zu machen. Folglich ist für den EuGH die Heranziehung der IAO-Übereinkommen als Rechtserkenntnisquelle in der Form, wie sie sich durch die Auslegung der IAO-Gremien etabliert haben, maßgebend. Auf das Vorliegen einer späteren Übung iSd. Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK hat der EuGH, soweit ersichtlich, noch nicht abgestellt.

Geradezu schulbuchmäßig war das Vorgehen von Generalanwältin *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Schultz-Hoff* bei der Ableitung des »sozialen Grundrechts« auf »bezahlten Jahresurlaub«. Hierbei bezog sich die Generalanwältin neben der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und der Europäischen Sozialcharta insbesondere auf das IAO-Übereinkommen Nr. 132.⁶² Flankiert wurden diese Bezugnahmen durch den Hinweis, dass seit neuestem auch Art. 31 EU-GRC ein solches Grundrecht verbürge. Aus diesem ergebe sich die »qualifizierteste und endgültige Bestätigung für dessen Grundrechtscharakter«.⁶³

Aktuell hat sich Generalanwalt *Jääskinen* im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf bezahlten Mutterschaftsurlaub neben dem EU-Sekundärrecht auch auf die einschlägigen IAO-Übereinkommen bezogen.⁶⁴ Unter Verweis auf die ältere Rechtsprechung des Gerichtshofes⁶⁵ führt der Generalanwalt aus, dass der EuGH dieses Recht als ein »sozialrechtliches Schutzinstrument von besonderer Bedeutung« verstehe. Erstaunlicherweise wird Art. 33 Abs. 2 EU-GRC, der eben dieses Grundrecht gewährleistet, vom Generalanwalt nicht erwähnt. Hier scheint ein deutlich passiverer Ansatz im Umgang mit der EU-GRC durch, der im Kontrast zum Ansatz von Generalanwältin *Trstenjak* im Verfahren *Schultz-Hoff* steht.

2. Bezugnahme zur Auslegung einer Richtlinie

Damit rückt die zweite wichtige Konstellation – namentlich die Bezugnahme auf IAO-Übereinkommen zur Auslegung von Sekundärrecht – in den Fokus.⁶⁶ Diese kommt vor allem in Fällen in Betracht, in denen eine solche Bezugnahme im Sekundärrecht selbst angelegt ist.⁶⁷ Musterfall hierfür ist die Arbeitszeitrichtlinie⁶⁸. In deren Erwägungsgrund Nr. 6 heißt es: »Hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung ist den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung zu tragen«.

Dieser Verweis spielte etwa in der Entscheidung *Schultz-Hoff* eine Rolle. Dort führte der Gerichtshof aus: »Einleitend ist darauf zu verweisen, dass die Richtlinie 2003/88/EG ausweislich ihres sechsten Erwägungsgrundes den Grundsätzen der Internationalen Arbeitsorganisation Rechnung getragen hat.«⁶⁹ Im Anschluss daran werden zur

56 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007 I-10779 (*Viking*).

57 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007 I-11767 (*Laval*).

58 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007 I-10779 (*Viking*), Rn. 43; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007 I-11767 (*Laval*), Rn. 90.

59 *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 46.

60 *Heuschmid* (Fn. 24), S. 185; *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 47.

61 *Buschmann/Ulber*, ArbZG, 7. Aufl., Frankfurt 2011, S. 281 f.; *Weiss*, FS Kempen, 2013, S. 384, 387; siehe dazu ausführlich unten IV.1.

62 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 24.1.2008 – C-350/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff*), Rn. 35 ff.

63 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 24.1.2008 – C-350/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff*), Rn. 38.

64 Schlussanträge des Generalanwaltes *Jääskinen*, 15.12.2011 – C-572/10 (*Amédée*) – noch nicht veröffentlicht – Rn. 33.

65 EuGH, 20.9.2007 – C-116/06 – Slg. 2007, I-7643 (*Kiiski*), Rn. 49; mit weiteren Beispielen: *Heuschmid* (Fn. 24), S. 84 f.

66 Einige Beispiele aus der neueren Rechtsprechung ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 8.9.2011 – C-282/10 – abrufbar über juris (*Dominguez*), Rn. 52; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 7.7.2011 – C-214/10 – abrufbar über juris (KHS), Rn. 78 ff.; EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – NZA 2011, 1333 ff. (KHS), Rn. 41 ff.; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 16.6.2011 – C-155/10 – abrufbar über juris (*Williams*), Rn. 50 und Rn. 85; EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff* ua.), Rn. 37 f.; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 24.1.2008 – C-520/06 – abrufbar über juris (*Stringer*), Rn. 64 ff.; Schlussanträge des Generalanwaltes *Colomer*, 10.7.2007 – C-300/06 – Slg. 2007, I-10573 (*Vofß*), Fn. 24 und 32; Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott*, 12.1.2006 – C-124/05 – Slg. 2006, I-3423 (FNV), Fn. 8; Schlussanträge von Generalanwalt *Colomer*, 6.9.2005 – C-230/03 – Slg. 2006, I-157 ff. (*Sedef*), Fn. 38.

67 Richtlinie 94/33/EG (Erwägungsgrund Nr. 5); Richtlinie 2000/78/EG (Erwägungsgrund Nr. 4); Richtlinie 2003/88/EG (Erwägungsgrund Nr. 6); Richtlinie 2004/18/EG (Erwägungsgrund Nr. 33); deutlich zurückhaltender: *Wank*, in: FS Reuter, S. 921, 933.

68 RL 2003/88/EG.

69 EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff* ua.), Rn. 37.

Auslegung der Richtlinie unmittelbar einzelne Artikel des IAO-Übereinkommens 132 herangezogen.⁷⁰ Im Gegensatz zur Generalanwältin, die den Charakter des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub als soziales Grundrecht bzw. sogar als »Menschenrecht«⁷¹ hervorhob, spricht der Gerichtshof lediglich von einem »besonders bedeutsamen Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft«⁷².

Bemerkenswert ist überdies das Vorgehen des EuGH in der Entscheidung KHS.⁷³ In dem Verfahren ging es im Anschluss an die Entscheidung *Schultz-Hoff* um die Frage, ob das Unionsrecht eine Ansammlung der Ansprüche des Arbeitnehmers auf Urlaubsabgeltung für mehrere Jahre gebietet, und zwar auch dann, wenn dieser – bedingt durch eine längerfristige Arbeitsunfähigkeit – nicht in der Lage war, sein Recht auf bezahlten Jahresurlaub wahrzunehmen. Eingeleitet worden war das Verfahren von einem deutschen Arbeitsgericht, das sich Klarheit darüber verschaffen wollte, ob eine Regelung in einem Tarifvertrag, die 15 Monate nach dem Bezugszeitraum den Verfall von angesammelten Urlaubsansprüchen vorsieht, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Unter Verweis auf Art. 9 IAO-Übereinkommen Nr. 132 führt der Gerichtshof aus, dass der Tarifvertrag, unter Berücksichtigung des Zwecks des Urlaubs, wie er sich aus der IAO-Vorschrift ergebe, dem Unionsrecht nicht entgegenstehe.⁷⁴ Zuvor hatte die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen bereits festgehalten, aus Art. 9 Abs. 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 132 ergebe sich eine zeitliche Höchstgrenze für die Gewährung des Urlaubsanspruches.⁷⁵

Sowohl Schlussanträge als auch Urteil können nicht überzeugen. Denn in Art. 9 IAO-Übereinkommen Nr. 132 ist gerade nicht geregelt, dass beim Überschreiten der dort genannten Frist ein Rechtsverlust eintreten soll. Hiergegen spricht schon Art. 9 Abs. 2 des Übereinkommens, der es ausdrücklich zulässt, einen Teil des Jahresurlaubs jenseits der 18-Monats-Frist in Anspruch zu nehmen.⁷⁶ Ferner geht aus Art. 12 desselben Übereinkommens hervor, dass der Anspruch auf bezahlten Mindestjahresurlaub nicht zur Disposition steht. Aus diesem Grund ist auch jede Vereinbarung über die Abbedingung des Anspruchs oder den Verzicht darauf unwirksam.⁷⁷ Zudem widerspricht das Ergebnis auch diametral dem in Art. 19 Abs. 8 IAO-Verfassung und Art. 15 der Richtlinie 2003/88/EG niedergelegten Günstigkeitsprinzip. Insoweit ist es alles andere als überzeugend, wenn die Generalanwältin die Verkürzung der angeblichen Verfallsfrist in Art. 9 IAO-Übereinkommen Nr. 132 von 18 Mona-

ten auf 15 Monate mit eben diesem Prinzip begründet.⁷⁸ Hier scheint eine Fehldeutung vorzuliegen. Denn kurze Verfallsfristen belasten typischerweise den Arbeitnehmer und sind damit in der Regel ungünstiger. Festzuhalten bleibt damit, dass die vom EuGH in der Entscheidung *KHS* praktizierte Methode, zur Verkürzung von Rechten IAO-Übereinkommen heranzuziehen, dogmatisch nicht begründet werden kann. Vielmehr widerspricht diese Vorgehensweise diametral dem eigentlichen Sinn und Zweck der IAO-Normsetzung. Aus dem gleichen Grund kann der Übernahme dieser Ansätze durch das BAG nicht gefolgt werden.⁷⁹ Notwendig wäre es hier, dem EuGH durch eine erneute Vorlage die Möglichkeit zu eröffnen, seine Anwendung des IAO-Übereinkommens Nr. 132 zu korrigieren.

3. Sonstige Bezugnahme

Abgesehen von den bereits dargelegten Kategorien der Bezugnahmen auf IAO-Übereinkommen gibt es noch zahlreiche weitere Bezugnahmen. Diese finden sich überwiegend in den Fußnoten von Schlussanträgen⁸⁰, vereinzelt

70 EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff* ua.), Rn. 38; *Trebilcock* (Fn. 3), 183.

71 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 24.1.2008 – C-350/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff*), Rn. 39.

72 EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 und C-520/06 – Slg. 2009, I-179 ff. (*Schultz-Hoff* ua.), Rn. 22. Diese Formulierung taucht in weiteren Schlussanträgen und Urteilen, die im Zusammenhang mit der Richtlinie 2003/88/EG ergingen, in der Folgezeit immer wieder auf. Vgl. EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – NZA 2011, 1333 ff. (KHS), Rn. 24 mwN.; Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 16.6.2011 – C-155/10 – abrufbar über juris (*Williams*), Rn. 44. Spätestens seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass der Grundrechtscharakter stärker in den Vordergrund gerückt wird.

73 EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – NZA 2011, 1333 ff. (KHS).

74 EuGH, 22.11.2011 – C-214/10 – NZA 2011, 1333 ff. (KHS), Rn. 44.

75 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 7.7.2011 – C-214/10 – abrufbar über juris (KHS), Rn. 78 ff.

76 *Roetteken*, jurisPR-ArbR 22/2013, Anm. 4.

77 *García Perrote Escartín*, I., »Sobre el derecho de vacaciones«, *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Band. 4 (2004), S. 3602.

78 Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak*, 7.7.2011 – C-214/10 – abrufbar über juris (KHS), Rn. 89.

79 BAG, 7.8.2012 – 9 AZR 353/10 – ZTR 2012, 642 ff.

80 Einige Beispiele aus den Schlussanträgen ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Schlussanträge des Generalanwaltes *Cruz Villalón*, 19.7.2012 – C-577/10 – abrufbar über juris (Kommission vs. Belgien), Fn. 28; Schlussanträge des Generalanwaltes *Colomer*, 6.7.2007 – C-267/06 – Slg. 2008, I-1757 ff. (*Maruko*), Fn. 32; Schlussanträge des Generalanwaltes *Léger*, 5.10.2006 – C-208/05 – Slg. 2007, I-181 (ITC), Fn. 3; Schlussanträge des Generalanwaltes *Mengozzi*, 18.1.2007 – C-127/05 – Slg. 2007, I-4619 (Kommission vs. Vereinigtes Königreich), Fn. 10; Schlussanträge des Generalanwaltes *Colomer*, 12.7.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (*Dellas*), Fn. 3.

aber auch im Urteilstext⁸¹. Dogmatisch kommt diesen in den meisten Fällen keine besondere Bedeutung zu.

4. Zwischenfazit

Methodisch betrachtet spielen IAO-Normen damit bislang insbesondere auf zwei Ebenen eine Rolle: Zum einen als wichtige Rechtserkenntnisquelle bei der Herausbildung von Rechtspositionen, zum anderen als Auslegungshilfe für das Unionsrecht. Anzumerken ist allerdings, dass sich Rechtsfortbildung und Auslegung gerade in der Rechtsprechung des EuGH im Anschluss an die französische Rechts-tradition nicht immer trennen lassen. Nicht einfacher wird die Einordnung durch die Tatsache, dass es in der Dogmatik des Unionsrechts häufig keine stringente Trennung zwischen grundrechtlicher und sekundärrechtlicher Ebene gibt. Gerade der EuGH bezieht sich zur Konkretisierung von Grundrechtspositionen immer wieder auf Richtlinienrecht.⁸²

Fraglich ist nicht zuletzt, ob für die Heranziehung eines IAO-Übereinkommens zur Auslegung einer Richtlinie tatsächlich die Bezugnahme in den Erwägungsgründen vorausgesetzt werden muss. Vor dem Hintergrund der Generalermächtigung in Art. 151 AEUV könnte hier eine großzügigere Anwendung des IAO-Rechts angezeigt sein.

IV. Das Potential der IAO-Übereinkommen bei der Entwicklung der Grundrechte der EU-GRC

Nachdem die bisherige Bezugnahmepaxis des EuGH ausgehend von den zuvor aufgezeigten Schnittstellen zwischen beiden Normbereichen dargelegt wurde, ist der Fokus nun auf die horizontalen Bestimmungen der EU-GRC zu legen, die künftig für eine stärkere Berücksichtigung von IAO-Übereinkommen bei der Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Grundrechtsschutzes der EU-GRC sorgen könnten. Angesprochen sind damit Art. 52 Abs. 3 und 53 EU-GRC.

1. Die Regelung des Art. 52 Abs. 3 EU-GRC

Art. 52 Abs. 3 EU-GRC sieht vor, dass, soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, diese die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie die Rechte der EMRK.⁸³ Ausweislich der

Erläuterungen⁸⁴ zur EU-GRC soll es darum gehen »die notwendige Kohärenz zwischen der Charta und der EMRK« zu schaffen, ohne »dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs der Europäischen Union berührt wird«. Letztendlich handelt es sich bei dieser Regelung um eine Nachkodifizierung der Rechtsprechung des EuGH, wonach die EMRK in der Auslegung durch den EGMR »besondere Bedeutung« für den Grundrechtsschutz in der Rechtsordnung der Union hat⁸⁵. Abgesehen davon wird die Bedeutung der EMRK für den EuGH durch den künftig zu erwartenden Beitritt (Art. 6 Abs. 2 EUV) noch einmal verstärkt.⁸⁶

Inhaltlich ist mit Art. 52 Abs. 3 EU-GRC garantiert, dass das Schutzniveau der EMRK durch die EU-GRC bei den sich »entsprechenden« Grundrechten nicht unterschritten wird.⁸⁷ Anders ausgedrückt bildet das Schutzniveau der EMRK in diesen Fällen den Mindeststandard, den die EU-GRC zu gewährleisten hat.⁸⁸ Man könnte insoweit auch von einer Inkorporation der EMRK in die EU-GRC sprechen.⁸⁹ Diese Inkorporation bezieht sich auf den Text der EMRK, die Zusatzprotokolle sowie auf die hierzu ergangene Rechtsprechung des EGMR.⁹⁰

Was die Frage der in den Erläuterungen erwähnten »Eigenständigkeit des Unionsrechts«⁹¹ angeht, ist diese bereits dadurch gewährleistet, dass das dort garantierte Schutzniveau nicht hinter dem durch die EMRK garantier-

81 EuGH, 21.7.2011 – C-15/10 – Slg. 2011 I-6681 (*Etieme*), Rn. 106 (mit Bezugnahme auf einen von der IAO verfassten Bericht).

82 *Skouris*, in: Merten/Papier, HGR VI/1, Heidelberg 2010, § 157 Rn. 24.

83 EuGH, 9.11.2010 – C-92/09 – Slg. 2010, I-11063 (*Schecke*), Rn. 51; EuGH, 22.12.2010 – Rs. C-279/09 – Slg. 2010, I-13849 (DEB), Rn. 35.

84 ABL EU 2007, 303 S. 17 ff.

85 EuGH, 6.3.2001 – C-274/99 P – Slg. 2001, I-1611 (*Conolly vs. Kommission*), Rn. 37.

86 Ausf. *Lawson*, in: Dorsemont/Lörcher/Schömann (Hrsg.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford 2013, S. 47 ff; Lörcher (Fn. 20), 23 ff.

87 *Jarass* (Fn. 31), Art. 52 Rn. 63; *Borowsky* (Fn. 31), Art. 52 Rn. 33; von *Danwitz*, in: *Kölner Gemeinschafts-Kommentar EU-GRC*, München 2006, Art. 52 Rn. 26.

88 So zum Streikrecht: *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 26.

89 *Borowsky* (Fn. 31), Art. 52 Rn. 33; *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 25; zurückhaltender: *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, 4. Aufl., München 2011, Art. 52 Rn. 37 f.

90 EuGH, 22.12.2010 – Rs. C-279/09 – Slg. 2010, I-13849 (DEB), Rn. 35; *Jarass* (Fn. 31), Art. 52 Rn. 65; von *Danwitz* (Fn. 85), Art. 52 Rn. 56; *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 25.

91 Vgl. hierzu auch: *Kollonay-Lehoczy/Lörcher/Schömann*, in: *Bruun/Lörcher/Schömann, The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford 2012, S. 83 f.

ten Schutzniveau zurückbleiben kann (Art. 52 Abs. 3 S. 2 EU-GRC).⁹² Sollte andererseits der EGMR das Schutzniveau eines Grundrechts soweit anheben, dass das unionsrechtlich gewährleistete Schutzniveau übertroffen wird, ergibt sich aus Art. 52 Abs. 3 iVm. Art. 53 EU-GRC ein Anpassungsgebot für den EuGH.⁹³ Um das in der EMRK garantierte Schutzniveau sicherzustellen, wäre der EuGH in einem solchen Fall zu einer menschenrechtsfreundlichen Neuauslegung der Charta gezwungen.⁹⁴

Fraglich ist damit, welche Normen der EMRK den Normen der EU-GRC iSv. Art. 52 Abs. 3 EU-GRC »entsprechen« und deshalb für eine Inkorporation fruchtbar gemacht werden können.⁹⁵ Die insoweit in Frage kommenden Rechte sind in den Erläuterungen zur EU-GRC in nicht abschließender Form aufgezählt.⁹⁶ Eine Entsprechung wird grundsätzlich bereits dann angenommen, wenn die zu vergleichenden Rechte denselben geschützten Lebensbereich erfassen.⁹⁷

Für den hiesigen Kontext stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich aus der Regelung des Art. 52 Abs. 3 EU-GRC für die Bedeutung der IAO-Übereinkommen bei der Auslegung der EU-GRC ergeben können. Betrachtet man allein den Wortlaut der Norm, könnte man zunächst Zweifel an einer Relevanz des IAO-Rechts bekommen, da sich Art. 52 Abs. 3 EU-GRC lediglich auf die EMRK und gerade nicht auf andere völkerrechtliche Vereinbarungen bezieht.

Hier lohnt es sich allerdings, die aktuelle Rechtsprechung des EGMR genauer in den Fokus zu nehmen. Grundlegend in diesem Zusammenhang war die Entscheidung *Demir und Baykara*⁹⁸. In dieser anerkannte der EGMR einen externen arbeitsvölkerrechtlichen Einfluss auf die Auslegung der EMRK unter gleichzeitiger Hervorhebung der besonderen Rolle der IAO.⁹⁹ Im Einzelnen führte der EGMR aus: »Bei der Bestimmung der Bedeutung der Ausdrücke und Begriffe im Text der Konvention kann und muss der Gerichtshof Elemente des internationalen Rechts außerhalb der Konvention einbeziehen, ebenso die Auslegung dieser Normen durch die zuständigen Organe und Praxis der europäischen Staaten, die ihre gemeinsame Werte reflektiert.«¹⁰⁰ Von diesem Ausgangspunkt ausgehend wendet der EGMR diesen Ansatz sodann in der Praxis an, indem er den Inhalt der einschlägigen internationalen Normen, die von den Vereinten Nationen, der IAO und dem Europarat stammen, näher untersucht.¹⁰¹ Dabei nimmt er auch auf die jeweilige Spruchpraxis der IAO-Gremien Bezug.¹⁰² Die Konsequen-

zen sind beträchtlich. Durch die Inkorporation der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK über Art. 52 Abs. 3 EU-GRC in die Grundrechtecharta findet zugleich, völlig unabhängig von etwaigen Bindungen an Völkergewohnheitsrecht, eine mittelbare Inkorporation der Rechtsquellen des Völkerrechts, wie etwa der IAO-Übereinkommen, samt der dazu ergangenen Spruchpraxis der IAO-Gremien statt.¹⁰³ Dies hat erhebliche Relevanz für diejenigen EMRK-Rechte, die den Grundrechten der EU-GRC iSd. Art. 52 Abs. 3 EU-GRC entsprechen.

An dieser Stelle soll exemplarisch kurz angerissen werden, was dies für die Gewährleistung des Streikrechts nach Art. 28 EU-GRC bedeuten kann. Art. 28 EU-GRC findet seine Entsprechung iSv. Art. 52 Abs. 3 EU-GRC in Art. 11 EMRK.¹⁰⁴ Deshalb wird die Auslegung von Art. 11 EMRK durch den EGMR, im Lichte des IAO-Übereinkommens Nr. 87, über Art. 52 Abs. 3 EU-GRC zum Mindeststandard des Gewährleistungsgehaltes von Art. 28 EU-GRC.¹⁰⁵ Welche Impulse nun das IAO-Übereinkommen Nr. 87 für die Ausbildung des Streikrechts in Art. 28 EU-GRC geben kann, hat *Lörcher* eindrücklich in dem von *Däubler* herausgegebenen Handbuch des Arbeitskampfrechts dargelegt.¹⁰⁶ Relevant werden könnte dies insbesondere in folgenden Bereichen: Zulässigkeit von Zwangsschlichtungen¹⁰⁷, erlaubte Streikformen¹⁰⁸, Verbot

92 *Lenaerts*, EuR 2012, 3, 12.

93 *Lenaerts* (Fn. 90), 3, 12.

94 *Lenaerts* (Fn. 90), 3, 12.

95 *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 26.

96 *Kingreen* (Fn. 87), Art. 52 Rn. 30; *von Danwitz* (Fn. 85), Art. 52 Rn. 53; *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 26; *Lenaerts*, (Fn. 90), 3, 12.

97 *von Danwitz* (Fn. 85), Art. 52 Rn. 54; *Kingreen* (Fn. 87), Art. 52 Rn. 29.

98 EGMR, 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – AuR 2009, 269 (*Demir and Baykara* Türkei).

99 EGMR, 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – AuR 2009, 269 (*Demir and Baykara* Türkei), Rn. 147 und Rn. 166; *Nußberger*, RdA 2012, 270, 277; eingehende Untersuchung der Methode des EGMR: *Lörcher* (Fn. 84), S. 3ff.

100 EGMR, 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – AuR 2009, 269 (*Demir and Baykara* Türkei), Rn. 85.

101 *Lörcher*, AuR 2011, 88.

102 *Lörcher* (Fn. 99), Fn. 8 und 9; vgl. auch: *Nußberger*, (Fn. 97), 270, 272; *Weiss* (Fn. 2), 384, 387.

103 *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 27.

104 *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 27.

105 *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 27.

106 *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 65 ff.

107 *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 80.

108 *Lörcher* (Fn. 6), § 10 Rn. 90 ff.

des Streikbrechereinsatzes¹⁰⁹, Beschränkungen von Streiks¹¹⁰ sowie bei den Rechtsfolgen von Streiks¹¹¹. Die EuGH-Entscheidungen in den Fällen *Viking* und *Laval* dürften damit kaum in Einklang zu bringen sein. Aktuell hat der IAO-Sachverständigenausschuss die Änderungen im schwedischen Arbeitsrecht zum Nachteil der Gewerkschaften nach der Entscheidung *Laval* vor dem Hintergrund der IAO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 in Frage gestellt.¹¹² Dies wird in einer künftigen juristischen Auseinandersetzung zu berücksichtigen sein. Daneben gilt selbstverständlich das Streikrecht aus den einschlägigen IAO-Übereinkommen auf völkergewohnheitsrechtlicher Basis.

Was soeben für das Streikrecht in Art. 28 der EU-GRC dargelegt wurde, gilt selbstredend auch für andere Normen in der EU-GRC, bei denen eine Entsprechung mit EMRK-Normen iSv. Art. 52 Abs. 3 EU-GRC angenommen werden kann und bei denen zugleich IAO-Übereinkommen samt der dazu ergangenen Spruchpraxis der IAO-Gremien als Impulsgeber zur Verfügung stehen. Gerade im Arbeitsrecht bietet sich hier ein weites Anwendungsfeld, da die Bedeutung der EMRK dort stetig wächst.¹¹³ Eine Entsprechung könnte beispielsweise bei dem Recht auf Kollektivverhandlungen (Art. 11 EMRK und Art. 28 EU-GRC¹¹⁴), dem Recht auf Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK und Art. 11 iVm. Art. 30 EU-GRC¹¹⁵), dem Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 8 bzw. 10 EMRK iVm. Art. 30 EU-GRC¹¹⁶) oder dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK und Art. 21 EU-GRC¹¹⁷) angenommen werden. Zahlreiche Entsprechungen dürften sich auch im Zusammenhang mit dem vom EGMR weit ausgelegten Recht auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) finden lassen.¹¹⁸

2. Die Regelung des Art. 53 EU-GRC

Dogmatisch nicht einfach zu fassen ist die Regelung des Art. 53 EU-GRC.¹¹⁹ Nach dem Wortlaut darf keine Bestimmung der Charta als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte oder Grundfreiheiten ausgelegt werden, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie internationale Übereinkommen, wie sie insbesondere durch die EMRK sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt sind. Hierdurch soll verhindert werden, dass Normen der EU-GRC zur Einschränkung chartafremder Normen herange-

zogen werden. Dies wird durch die Erläuterungen bestätigt. Dort heißt es: »Der Zweck der Regelung ist die Aufrechterhaltung des durch das Recht der Union, das Recht der Mitgliedstaaten und das Völkerrecht in seinem jeweiligen Anwendungsbereich gegenwärtigen Schutzniveaus«. Demzufolge geht es der Norm darum, das grundsätzliche Nebeneinander von EU-Grundrechten und weiteren Grundrechten sicherzustellen.¹²⁰ Man wird die Vorschrift deshalb zunächst als Meistbegünstigungsklausel zu verstehen haben, soweit sich der Anwendungsbereich der EU-GRC und anderweitig garantierter Rechte überschneidet.¹²¹ Der EuGH hat aktuell klargestellt, dass die in der Norm erwähnten Rechtserkenntnisquellen regelmäßig unter dem Vorbehalt der Einpassung in die Unionsrechtsordnung stehen.¹²² Deshalb erlaubt es der Gerichtshof, die anderen Rechtserkenntnisquellen lediglich anzuwenden, sofern dadurch weder das Schutzniveau der Charta noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden.¹²³ Dogmatisch ist damit die Kons-

109 Lörcher (Fn. 6), § 10 Rn. 93 f.

110 Lörcher (Fn. 6), § 10 Rn. 83 ff.

111 Lörcher (Fn. 6), § 10 Rn. 99 ff.

112 Bericht des Sachverständigenausschusses für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen, Internationale Arbeitskonferenz, 102. Tagung 2013, ILC. 102/III(1A), S.176 ff. Verstärkt wird diese Kritik aktuell durch die Entscheidung des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte vom 3.7.2013, Beschwerde 85/2012, LO und TCO gegen Schweden, in der die schwedische *Laval*-Gesetzgebung als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 4 Revidierte Europäische Sozialcharta angesehen wird; bei dieser Entscheidung beruft sich der Ausschuss ua. auch auf das IAO-Übereinkommen Nr. 87 (s. Rn. 110).

113 Ausf. Nußberger (Fn. 97), 270 ff.; Eichenhofer (Fn. 20), 625, 628 ff.

114 Vgl. hierzu insbesondere IAO-Übereinkommen Nr. 98.

115 Vgl. hierzu insbesondere IAO-Übereinkommen Nr. 111 und 158; hierzu auch: Lörcher, ZESAR 2012, 263 ff.

116 Vgl. hierzu insbesondere IAO-Übereinkommen 158; hierzu auch: Buschmann (Fn. 5), S. 265 ff.; Lörcher (Fn. 113), 263 ff.; Buschmann, AuR 2013, 388 ff.

117 Vgl. hierzu insbesondere IAO-Übereinkommen Nr. 100, 111.

118 Ausführlich zum Entwicklungspotential von Art. 8 EMRK und den entsprechenden Rechten der EU-GRC: Lörcher (Fn. 99), 88, 90 ff.

119 Ausf. Schlussanträge des Generalanwalts Bot, 2.10.2012 – C-399/11 – abrufbar über juris (Melloni), Rn. 88 ff.; Kingreen (Fn. 87), Art. 53 Rn. 4 ff.; Borowsky (Fn. 31), Art. 53 EU-GRC Rn. 7 ff.; Streinz/Michl (Fn. 17), Art. 53 GR-Charta Rn. 3.

120 So auch Schlussanträge des Generalanwalts Bot, 2.10.2012 – C-399/11 – abrufbar über juris (Melloni), Rn. 134 f.

121 Borowsky (Fn. 31), Art. 53 GRCh Rn. 14; Becker (Fn. 26), Art. 53 Rn. 1; Streinz/Michl (Fn. 17), Art. 51 Rn. 3; aA. Kingreen (Fn. 87), Art. 53 Rn. 4 ff.

122 EuGH, 26.2.2013 – C-399/11 – abrufbar über juris (Melloni), Rn. 58 ff.

123 EuGH, 26.2.2013 – C-399/11 – abrufbar über juris (Melloni), Rn. 60; Kingreen (Fn. 87), Art. 53 Rn. 4.

tellation der Doppelbindung¹²⁴ an Unionsgrundrechte und nationale Grundrechte in den Fällen der Umsetzungs-spielräume bzw. im Fall der überschießenden Richtlinien-umsetzung abgesehen.

In der Literatur wird der Regelung des Art. 53 EU-GRC eine darüber hinausgehende Bedeutung beigemessen. So wird in Art. 53 EU-GRC etwa eine Stillhalteklausele gesehen, die es dem EuGH verwehrt, die Bestimmungen der EU-GRC regressiv auszulegen.¹²⁵ Aus der Rechtsprechung des EuGH wird überdies in der Gesamtschau mit Art. 52 Abs. 3 EU-GRC eine Mindestschutzniveaunklausel abgeleitet.¹²⁶ Vieles spricht dafür, Art. 53 EU-GRC jedenfalls als Optimierungsgebot bzw. Schutzverstärkungsklausel zu begreifen.¹²⁷ Macht man sich dies zu eigen, sind die in Art. 53 EU-GRC genannten Rechtserkenntnisquellen als verbindlicher Auslegungsmaßstab für den Geltungsumfang der EU-GRC-Grundrechte heranzuziehen.¹²⁸ Neben den Verfassungen der Mitgliedstaaten und der EMRK gehört hierzu insbesondere das Völkerrecht (Völkergewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht).¹²⁹

Damit stellt sich die Frage welche Konsequenzen sich hieraus für die IAO-Übereinkommen ergeben. Zunächst wurde oben schon dargelegt, dass die Kernarbeitsnormen der IAO – die im Übrigen auch von allen Mitgliedstaaten ratifiziert sind – ohnehin als Völkergewohnheitsrecht im Bereich der Unionsrechtsordnung Bindung für die Organe entfalten. Für diese ergibt sich aus Art. 53 EU-GRC somit nichts Neues. Interessanter sind dagegen die Konsequenzen für IAO-Übereinkommen, die nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert sind. Lässt man es hier für die Anwendung von Art. 53 EU-GRC ausreichen, dass eine Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten entbehrlich ist¹³⁰ und versteht man den Begriff »Vertragspartei« in Art. 53 EU-GRC im Zusammenhang mit der IAO weit, können künftig alle IAO-Übereinkommen über Art. 53 EU-GRC zur Auslegung der Normen der EU-GRC herangezogen werden.

V. Kollisionen von IAO-Übereinkommen und Unionsrecht

In der Vergangenheit kam es immer wieder zu kollidierenden Aussagen von IAO-Übereinkommen und Unionsrecht. Das gilt etwa für die Kollision des im IAO-Übereinkommen Nr. 89 vorgesehenen Nachtarbeitsverbot für Frauen mit den Vorgaben der Richtlinie 76/207/EWG (heute: 2006/54/

EG).¹³¹ Eine analoge Problematik stellte sich im Zusammenhang mit dem in IAO-Übereinkommen Nr. 45¹³² verankerten Verbot der Beschäftigung von Frauen im Untertagebau.¹³³ In jüngerer Zeit sind derartige Kollisionslagen in den Verfahren *Viking* und *Laval* aufgetreten, in denen es zu einem Konflikt zwischen den Vorgaben des IAO-Übereinkommens Nr. 87 und den EU-Grundfreiheiten bzw. der Richtlinie 96/71/EG kam. Mit der Entscheidung *Rüffert*¹³⁴ schließlich legte der EuGH die Richtlinie 96/71/EG – im Lichte der Dienstleistungsfreiheit – derartig restriktiv aus, dass die Vorgaben des IAO-Übereinkommen Nr. 94¹³⁵, das ua. spezifische Tarif-treueklauseln vorsieht, nicht mehr eingehalten werden können.¹³⁶ Damit stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, wie mit derartigen Kollisionslagen umzugehen ist. Die Auflösung hängt im Wesentlichen vom Grad der Bindung der Union an IAO-Recht ab, wobei zwischen der Bindung der Union an IAO-Kernarbeitsnormen als Völkergewohnheitsrecht und der ansonsten zum Tragen kommenden Unberührtheitsklausel (Art. 351 Abs. 1 AEUV)¹³⁷ zu unterscheiden ist.

124 *Streinz/Michl* (Fn. 17), Art. 51 GR-Charta Rn. 8.

125 *Lenaerts* (Fn. 90), 3, 13.

126 *Kollonay-Lehoczy* ua. (Fn. 89), S. 85; aA. *Jarass* (Fn. 31), Art. 53 Rn. 3; *Becker* (Fn. 26), Art. 53 Rn. 9.

127 von *Danwitz* (Fn. 85), Art. 53 Rn. 19; *Borowsky* (Fn. 31), Art. 53 GRCh Rn. 19; *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 30; ähnlich: *Streinz/Michl* (Fn. 17), Art. 53 Rn. 7, die der Vorschrift einen rechtspolitischen Zweck zuschreiben, der insbesondere in einem Bekenntnis zum menschenrechtlichen Rückschrittsverbot liegt.

128 von *Danwitz* (Fn. 85), Art. 53 Rn. 19; *Heuschmid* (Fn. 6), § 11 Rn. 30.

129 von *Danwitz* (Fn. 85), Art. 53 Rn. 17.

130 von *Danwitz* (Fn. 85), Art. 53 Rn. 17.

131 Vgl. dazu: EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991 I-4047 ff. (*Stoekel*); EuGH, 2.8.1993 – C-158/91 – Slg. 1993 I-4287 ff. (*Levy*); EuGH, 13.3.1997 – C-197/96 – Slg. 1997 I-1489 ff. (Kommission vs. Frankreich); EuGH, 4.12.1997 – C-207/96 – Slg. 1997 I-6869 ff. (Kommission vs. Italien); *Seifert* (Fn. 18), 39, 56 ff.

132 Dieses Übereinkommen ist von 98 Staaten ratifiziert, jedoch inzwischen von 28 (überwiegend EU-Mitgliedstaaten) wieder gekündigt worden.

133 EuGH, 1.2.2005 – C-203/03 – Slg. 2005 I-935 (Kommission vs. Republik Österreich).

134 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 ff. (*Rüffert*).

135 Die Bundesrepublik hat das Übereinkommen nicht ratifiziert. Das dürfte der Grund dafür sein, dass es weder vom Generalanwalt noch vom EuGH in dem Verfahren berücksichtigt wurde. Ratifiziert ist das Übereinkommen von 62 Staaten (darunter 10 EU-Mitgliedstaaten: Frankreich, Niederlande, Italien, Bulgarien, Dänemark, Finnland, Österreich, Spanien, Vereinigte Königreich, Zypern). Das Vereinigte Königreich hat das Übereinkommen inzwischen wieder gekündigt.

136 Ausf. *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233 ff.; *Seifert*, EuZA 2008, 526 ff.; *Hofmann*, RdA 2010, 351 ff.

137 *Kokott* (Fn. 17), Art. 351 Rn. 10.

1. Kollision von IAO-Kernarbeitsnormen mit Unionsrecht

Bei einer Kollision von IAO-Kernarbeitsnormen mit Unionsrecht, die als Völkergewohnheitsrecht im Unionsrecht gelten¹³⁸, ist zwischen dem allgemeinen Völkergewohnheitsrecht und dem völkerrechtlichen *ius cogens* zu unterscheiden. Wie oben bereits ausgeführt, geht der völkergewohnheitsrechtliche *ius cogens* nach Art. 53 WVK dem Primärrecht vor.¹³⁹ Im Hinblick auf die IAO-Kernarbeitsnormen ist noch nicht abschließend geklärt, inwieweit diese zum völkergewohnheitsrechtlichen *ius cogens* gerechnet werden können. Dazu gehören dürften jedenfalls das in IAO-Übereinkommen Nr. 29 und Nr. 105 niedergelegte Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit sowie die in IAO-Übereinkommen Nr. 138 und Nr. 182 geregelte Abschaffung der Kinderarbeit.¹⁴⁰

Soweit die IAO-Kernarbeitsnormen nicht zum *ius cogens* gehören, gelten sie im Unionsrecht auf der gleichen Stufe wie das Primärrecht¹⁴¹. Das bedeutet im Kollisionsfall mit primärrechtlichen Normen, dass eine Konkordanz herzustellen ist. Im Bereich der Sozialpolitik sind hierbei ergänzend die sozialpolitischen Auslegungsmaximen der Art. 9 AEUV und Art. 151 AEUV zu beachten.¹⁴² Im Fall der Kollision mit den Grundfreiheiten sprechen diese für eine Präferenz der völkergewohnheitsrechtlichen IAO-Übereinkommen. Im Kollisionsfall mit sekundärem Unionsrecht gehen die Normen des Völkergewohnheitsrechts und damit auch die IAO-Kernarbeitsnormen vor.¹⁴³ Letzteres entspricht der Rechtslage bei völkerrechtlichen Verträgen der Union nach Art. 216 Abs. 2 AEUV.

2. Die Unberührtheitsklausel und ihre Grenzen

Soweit es nicht um eine Kollision mit völkergewohnheitsrechtlich geltenden IAO-Übereinkommen geht, ist der Konflikt unter Zuhilfenahme von Art. 351 AEUV aufzulösen.¹⁴⁴ Grundsätzlich gilt in diesen Fällen die in Art. 351 Abs. 1 AEUV niedergelegte Unberührtheitsklausel.¹⁴⁵ Danach bleiben die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus vorunionalen Übereinkünften unberührt.¹⁴⁶ Dies bedeutet, Unionsbestimmungen haben im Kollisionsfall hinter innerstaatlichen Maßnahmen, einschließlich Gesetzen, zurückzutreten, soweit diese der Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen dienen.¹⁴⁷ Nur konsequent ist es insoweit, dass der EuGH aus

Art. 351 Abs. 1 AEUV die Rechtspflicht der Union ableitet, Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus früheren Übereinkünften nicht zu behindern. In diesem Sinne sind die Unionsorgane, also auch der Gerichtshof, gehalten, eine Konfliktlage mit den Altverträgen durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Unionsrechts zu vermeiden (Grundsatz der völkerrechtskonformen Integration).¹⁴⁸ In letzter Konsequenz kann dies eine restriktive, völkerrechtskonforme Auslegung von Primär- und Sekundärrecht erfordern.

Um Rechtslagen zu verhindern, die evident den Grundprinzipien des Unionsrechts (Art. 2 EUV) widersprechen, wird die Unberührtheitsklausel durch die Anpassungspflicht in Art. 351 Abs. 2 AEUV ergänzt. Danach sind die Mitgliedstaaten gehalten, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um eine festgestellte Unvereinbarkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen mit Unionsrecht zu beheben. In Betracht kommt hier zunächst eine unionskonforme Änderung des völkerrechtlichen Vertrags.¹⁴⁹ Soweit dies nicht erfolgsversprechend ist, kann nach Art. 351 Abs. 2 AEUV auch eine völkerrechtskonforme Suspendierung, Rücktritt oder Kündigung des Vertrages in Betracht kommen.¹⁵⁰ Soweit nämlich ein Altvertrag eine Kündigungsklausel enthält, kann eine Kündigung nicht gegen die völkerrechtlichen Verpflichtungen des betreffenden Mitgliedstaates verstoßen.¹⁵¹ Allerdings sind hierbei die Kündigungsfristen zu beach-

138 Siehe oben: I.

139 Tomuschat (Fn. 45), Art. 281 EG Rn. 43.

140 Zimmer (Fn. 3), S. 72 f.

141 Siehe oben: I.

142 EuGH, 29.9.1987 – 126/86 – Slg. 1987, 3697 (*Zaera*), Rn. 14; EuGH, 17.3.1993 – C-72/91 und C-73/91 – Slg. 1993, I-887 (*Sloman Neptun*), Rn. 26; *Rebhahn* (Fn. 26), Art. 151 Rn. 8; *Eichenhofer* (Fn. 17), Art. 151 AEUV Rn. 23.

143 Tomuschat (Fn. 45), Art. 281 EG Rn. 43.

144 Die Regelung des Art. 216 AEUV muss insoweit außer Betracht bleiben, da es sich bei den IAO-Übereinkommen nicht um internationale Übereinkünfte iSd. Art. 216 AEUV handelt.

145 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 10.

146 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 10. Für die Gründungsstaaten der EU bedeutet dies, dass Übereinkommen, die vor dem 1.1.1958 abgeschlossen wurden, nicht berührt werden. Bei später beigetretenen Staaten wird auf den Zeitpunkt des Beitritts abgestellt.

147 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 10.

148 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 1.

149 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 15.

150 Kokott (Fn. 17), Art. 351 Rn. 15.

151 EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991 I-4047 ff. (*Stoekel*).

ten.¹⁵² Eine tatsächliche Pflicht zur Kündigung besteht erst, wenn die Unvereinbarkeit mit Unionsrecht explizit durch den EuGH festgestellt worden ist.¹⁵³ Solange dies nicht geschehen ist, können die Mitgliedstaaten an den völkerrechtlichen Verpflichtungen festhalten.

Grundsätzlich stehen die beiden Absätze des Art. 351 AEUV in einem Spannungsverhältnis, da gemäß Absatz 1 die Rechte und Pflichten aus den Altverträgen unberührt bleiben sollen und nach Absatz 2 auf eine unionsrechtskonforme Anpassung hingewirkt werden soll.¹⁵⁴ Damit stellt sich die Frage wie dieses Spannungsverhältnis aufgelöst werden kann. Aufgrund der normsystematischen Stellung von Art. 351 Abs. 1 AEUV ist davon auszugehen, dass dieser, inklusive der Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung, die Grundregel darstellt.¹⁵⁵ Untermauert wird dieser Befund durch Art. 3 Abs. 5 EUV, wonach die Union zur »strikten Einhaltung des Völkerrechts« verpflichtet wird. Handelt es sich demnach bei Art. 351 Abs. 2 AEUV lediglich um eine Ausnahmeregelung, stellt sich die Frage, wann diese zum Zuge kommt. Vieles spricht dafür, auf eine Anpassung zu verzichten, soweit die völkerrechtliche Regelung der Verwirklichung der in Art. 2 EUV niedergelegten Grundwerte der Union dient. Weiter konkretisiert werden die Grundwerte des Art. 2 EUV durch die Normen der EU-GRC und im Bereich der Sozialpolitik speziell durch Art. 9 AEUV und Art. 151 AEUV. Soweit eine völkerrechtliche Verpflichtung im Einklang mit diesen Werten steht, ist es nur konsequent, diese unberührt zu lassen. Denn es ließe sich kaum begründen, dass ein Mitgliedstaat zur Kündigung einer völkerrechtlichen Verpflichtung aufgrund von Unionsrecht angehalten sein soll, die gerade der Verwirklichung der Grundwerte der Union dient. Bestehende Friktionen sind durch eine völkerrechtskonforme Auslegung zu beheben. Soweit jedoch eine völkerrechtliche Verpflichtung die in Art. 2 EUV niedergelegten Werte konterkariert, greift die in Art. 351 Abs. 2 AEUV niedergelegte Anpassungspflicht ein.

3. Anwendung auf konkrete Konstellationen

Wendet man den soeben entwickelten Ansatz auf die bisherigen Kollisionsfälle von IAO-Übereinkommen und Unionsrecht an, ergibt sich ein heterogenes Bild. Was zunächst das im IAO-Übereinkommen Nr. 89 geregelte Verbot der Nachtarbeit von Frauen anbelangt, liegt das

Ergebnis des EuGH in den einschlägigen Entscheidungen hierzu konsequent auf dieser Linie.¹⁵⁶ Denn das Nachtarbeitsverbot für Frauen verstößt evident gegen die Werte des Art. 2 EUV konkretisiert durch die EU-GRC (insbesondere Art. 21 EU-GRC) iVm. Art. 9 AEUV und Art. 151 AEUV. Deshalb musste in diesem Fall die Ausnahmeregelung nach Art. 351 Abs. 2 AEUV zum Zuge kommen. Folgerichtig kam es im Anschluss an die Entscheidung *Stoekel*¹⁵⁷ auch zu einer Kündigung des Überkommens durch zahlreiche Mitgliedstaaten.¹⁵⁸ Der EuGH agierte insoweit als Motor des Fortschritts.

Interessanter ist die Frage, wie die Kollision von IAO-Übereinkommen Nr. 94 mit Unionsrecht vor dem Hintergrund der Entscheidung *Rüffert* bei Zugrundelegung des soeben entwickelten Ansatzes ausgehen müsste. Dieser Frage ist zunächst in einem Fall nachzugehen, in dem ein EU Mitgliedstaat, der das IAO-Übereinkommen Nr. 94 bereits in vorunionalen Zeiten iSd. Art. 351 Abs. 1 AEUV ratifiziert hat, in seinem nationalen Recht Tariftreueklauseln analog zu der Fallkonstellation in *Rüffert* vorsieht. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Unberührtheitsklausel nach Art. 351 Abs. 1 AEUV oder die in Art. 351 Abs. 2 AEUV niedergelegte Anpassungspflicht zum Tragen kommt. Letztere kommt, wie soeben dargelegt, nur dann zur Anwendung, wenn das IAO-Übereinkommen mit den Grundwerten der EU nicht vereinbart werden kann. Dies ist beim IAO-Übereinkommen Nr. 94 jedoch nicht der Fall. Vielmehr fördert das Übereinkommen gerade die in Art. 2 EUV iVm. Art. 9 AEUV und Art. 151 AEUV geregelten Ziele, indem es auf die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, die Förderung kollektivrechtlicher Regelungen und die Herbeiführung eines fairen Wettbewerbs abzielt. Demzufolge bleibt es hier bei der Grundregel des Art. 351 Abs. 1 AEUV – der Anwendung der Unberührtheitsklausel – die den EuGH ua zu

152 EuGH, 4.7.2000 – C-84/98 – Slg. 2000 I-5215 ff., Rn. 55 ff.

153 EuGH, 1.2.2005 – C-203/03 – Slg. 2005 I-935 ff. (Kommission vs. Republik Österreich), Rn. 62.

154 *Kokott* (Fn. 17), Art. 351 Rn. 14.

155 AA. *Kokott* (Fn. 17), Art. 351 Rn. 23.

156 EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991 I-4047 ff. (*Stoekel*); EuGH, 2.8.1993 – Rs. C-158/91 – Slg. 1993 I-4287 ff. (*Levy*); EuGH, 13.3.1997 – C-197/96 – Slg. 1997 I-1489 ff. (Kommission vs. Frankreich); EuGH, 4.12.1997 – C-207/96 – Slg. 1997 I-6869 ff. (Kommission vs. Italien); *Seifert* (Fn. 18), 39, 56 ff.

157 EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1991 I-4047 ff. (*Stoekel*).

158 *Seifert* (Fn. 18), 39, 58.

einer völkerrechtskonformen Auslegung des Unionsrechts zwingt. Eine solche ist auch unproblematisch möglich. Sie kann entweder in einer großzügigen Handhabung des in Art. 3 Abs. 7 Entsende-RL verankerten Günstigkeitsprinzips¹⁵⁹ oder durch eine völkerrechtlich motivierte restriktive Auslegung der Dienstleistungsfreiheit erfolgen. Damit läge der EuGH auch auf der Linie der EU-Kommission¹⁶⁰ und des Rates, die eine Ratifizierung des IAO-Übereinkommens Nr. 94 in der Vergangenheit bereits unterstützt haben.¹⁶¹

Das soeben für das IAO-Übereinkommen Nr. 94 gefundene Ergebnis dürfte aufgrund des Grundsatzes der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts¹⁶² auch Rückwirkungen auf Mitgliedstaaten haben, die – wie etwa die Bundesrepublik – das Übereinkommen bislang noch nicht ratifiziert haben. Als weitere Konsequenz wären EU-Mitgliedstaaten, wie etwa die Bundesrepublik, auch nicht an einer Ratifizierung des IAO-Übereinkommens Nr. 94 gehindert.¹⁶³

VI. Fazit

Zunächst wurden in diesem Beitrag verschiedene Schnittstellen zwischen IAO- und EU-Recht dargestellt. Neben der Generalermächtigung zur Heranziehung von IAO-Übereinkommen bei der Auslegung des Unionsrechts in Art. 151 AEUV ist besonders hervorzuheben, dass die IAO-Kernarbeitsnormen im Bereich der Union als Völkergewohnheitsrecht normhierarchisch auf der Ebene des Primärrechts Geltung entfalten.

Weiter wurde die aktuelle Bezugnahmepraxis des EuGH auf IAO-Übereinkommen dargestellt. Hierbei zeigte sich, dass IAO-Übereinkommen bislang insbesondere als Rechtserkenntnisquelle zur Rechtsfortbildung (Art. 6 Abs. 3 EUV) sowie als Auslegungshilfe für das Sekundärrecht der Union eine Rolle spielen. Insbesondere bei der zweiten Konstellation könnte der EuGH vor dem Hintergrund der Generalermächtigung des Art. 151 AEUV noch großzügiger verfahren.

Die Bedeutung von IAO-Übereinkommen bei der Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes in der EU-GRC

könnte in der Zukunft insbesondere durch die Bestimmungen der Art. 52 Abs. 3 und 53 EU-GRC verstärkt werden. Das größte Potential dürfte hier im Bereich der Auslegung der EU-GRC liegen.

Schließlich wurde gezeigt, wie mit Kollisionen von IAO-Übereinkommen und Unionsrecht umzugehen ist. Soweit die IAO-Übereinkommen nicht zum Völkergewohnheitsrecht gehören, wurde herausgearbeitet, dass es grundsätzlich bei der Unberührtheitsklausel des Art. 351 Abs. 1 AEUV verbleibt. Nur in den Fällen, in denen völkerrechtliche Aussagen den Grundwerten der Union widersprechen, kommt es zur Anpassungspflicht nach Art. 351 Abs. 2 AEUV. Da es im Zusammenhang mit dem IAO-Übereinkommen Nr. 94 bei der Unberührtheitsklausel des Art. 351 Abs. 1 AEUV bleibt, ist zu erwägen, dem EuGH erneut Gelegenheit zu geben, seine restriktive Rechtsprechung im Fall *Rüffert* zu korrigieren¹⁶⁴. Zudem sind weitere Mitgliedstaaten, wie von Kommission und Rat empfohlen, nicht an einer Ratifizierung des IAO-Übereinkommens Nr. 94 gehindert.

Viele der in diesem Beitrag getroffenen methodischen Feststellungen dürften auch für andere Verbürgungen des Arbeitsvölkerrechts – wie etwa die Europäische Sozialcharta – gelten.¹⁶⁵ Diese musste aus Platzgründen allerdings ausgespart bleiben.

159 Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Bot, 20.9.2007 – C-346/06 – Slg. 2008 I-01989 (*Rüffert*), Rn. 81 ff.

160 Mitteilung der EU-Kommission – Menschenwürdige Arbeit für alle fördern v. 24.5.2006, KOM (2006) 249 endg.

161 *Koberski/Schierle* (Fn. 134), 233, 236. Sollte der EuGH entgegen dem soeben Dargelegten zu dem Ergebnis kommen, dass das IAO-Übereinkommen Nr. 94 nicht mit Unionsrecht vereinbar sei, wäre der betreffende Mitgliedstaat im Sinne der Anpassungspflicht, sofern eine Modifizierung des Übereinkommens nicht erreicht werden kann, im Extremfall zu einer Kündigung des Übereinkommens verpflichtet. Hierbei wären dann allerdings die Kündigungsfristen nach Art. 14 Abs. 2 des Übereinkommens zu beachten. Vor dem Hintergrund des Inkrafttretens des Übereinkommens am 20.9.1952 wäre der nächste zulässige Kündigungstermin nach Art. 14 Abs. 2 IAO Übereinkommen Nr. 94 der 20.9.2022. Die Wirkung der Kündigung würde nach Art. 14 Abs. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 94 erst zum 20.9.2023 eintreten.

162 EuGH, 26.2.2013 – C-399/11 – abrufbar über juris (*Melloni*), Rn. 60.

163 AA. *Hofmann* (Fn. 134), 351, 353.

164 Ähnlich: *Koberski/Schierle* (Fn. 134), 233, 237.

165 *Buschmann/Ulber* (Fn. 60), S. 282; vgl. dazu ausf. *Schlachter* (Fn. 14 aE.).

Neue Formen der Wirtschaftssteuerung in der EU und das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten

Prof. Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena¹

Der folgende Aufsatz knüpft an den jüngsten Veränderungen der Wirtschaftssteuerung der EU an und zeigt auf, dass die in den letzten Jahren durch das sog. »Sixpack« von 2011 erheblich intensivierte Koordinierung der Wirtschafts- und Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten, aber auch die Krisenbewältigung im Euroraum aufgrund des ESM zu einer erheblichen Einflussnahme der EU oder einzelner ihrer Organe auf die Umgestaltung der nationalen Arbeitsrechtsordnungen in einzelnen Mitgliedstaaten führen kann. Dies wird am Beispiel des umfangreichen arbeitsrechtlichen Reformprogramms verdeutlicht, das Portugal nach den Vorgaben der »Troika« in den letzten Jahren umzusetzen hatte. Daran anschließend wird die Frage der Grenzen, die das Unionsrecht einer solchen Einflussnahme der Union und ihrer Organe auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten zieht, erörtert. Abschließend werden noch kurz Grenzen des Völkerarbeitsrechts thematisiert

I. Wirtschaftssteuerung durch die EU als Problem für das Arbeitsrecht

Die europäische Sozialpolitik verfolgt – in den Worten der Programmvorschrift des Art. 151 Abs. 1 AEUV – als Ziele »die Förderung der Beschäftigung, die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, um dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen, einen angemessenen sozialen Schutz, den sozialen Dialog, die Entwicklung des Arbeitskräftepotentials im Hinblick auf ein dauerhaft hohes Beschäftigungsniveau und die Bekämpfung von Ausgrenzungen«. Die Erfolge der dieses Programm seit Jahrzehnten mit Leben füllenden Sozialpolitik der EU sind hinlänglich bekannt: Sie hat zur Schaffung eines umfangreichen Korpus von Rechtsregeln geführt, welche die Arbeitsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten in zentralen Teilen harmonisiert haben, und gewährleistet auf diese Weise für den Binnenmarkt soziale Mindeststandards.

Die jüngsten Entwicklungen des Unionsrechts werfen auf diese sozialpolitischen Erfolge der Union allerdings einen dunklen Schatten, der sich immer weiter auszubreiten droht. Grundlage dieser Veränderungen sind die im Zuge der noch immer nicht bewältigten Finanz- und Wirtschaftskrise geschaffenen neuen Formen einer Wirtschaftssteuerung (Economic Governance) durch die EU und ihr Ausgreifen auf die Arbeitsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten. Die mit ihr verbundenen Instrumente führen nicht nur zu einer Straffung und Sanktionsbewehrung der Koordinierung der Wirtschaftspolitik, wie sie in Art. 121 AEUV vorgesehen ist, sondern auch zu einer Koordinierung der Haushaltspolitik im Rahmen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes.² Auch wenn es sich dabei um die Steuerung der Wirtschafts- und Haushaltspolitik von Union und Mitgliedstaaten und nicht expressis verbis um eine Steuerung der Sozialpolitik handelt, sind die Auswirkungen auf die Arbeitsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten doch zum Teil von großer Tragweite und führen zu tiefgreifenden strukturellen Veränderungen, insbesondere in den Systemen der Kollektivverhandlungen, wie sie sich über Jahrzehnte hinweg in den Mitgliedstaaten entwickelt haben, aber auch im arbeitsrechtlichen Bestandsschutz oder in der Lohnpolitik. Dies gilt in besonderer Weise für die von der Finanzkrise besonders betroffenen »Krisenstaaten« wie Griechenland, Portugal oder Spanien. Doch auch für andere Mitgliedstaaten verursachen die Mechanismen der neuen Wirtschaftssteuerung auf Unionsebene einen zunehmenden Reformdruck im Hinblick auf ihre nationalen Arbeitsrechtsordnungen.

Die folgenden Überlegungen greifen diese aktuelle und in Deutschland bislang erst wenig zur Kenntnis genommene Entwicklung auf. Dazu sollen in einem ersten Schritt zunächst die neuen Verfahren der Wirtschaftssteuerung in

¹ Dem Aufsatz liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 27.9.2013 auf dem wissenschaftlichen Symposium zum 65. Geburtstag von Dr. Thomas Klebe in Frankfurt am Main gehalten hat.

² Dieser geht auf die Entschließung des Europäischen Rates von 1997 über den Stabilitäts- und Wachstumspakt (ABl. EG 1997, C 236/1) zurück.

ihren Grundzügen skizziert werden (II.). Wie sich diese neuen Regeln der Union zur Wirtschaftssteuerung konkret auf das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten auswirken, soll am Beispiel der arbeitsrechtlichen Reformen in Portugal verdeutlicht werden, die dieses Land aufgrund einer Vereinbarung mit der sog. »Troika« in den vergangenen Jahren durchgeführt hat (III.). Die mit diesen Reformen einhergehenden tiefen Einschnitte in gewachsene arbeitsrechtliche Strukturen in Mitgliedstaaten werfen die Frage auf, welche Grenzen das Unionsrecht der Durchsetzung von solchen Reformen des Arbeitsrechts der Mitgliedstaaten durch Unionsorgane zieht (IV.). Schließlich soll noch ein kurzer Blick auf die Vereinbarkeit derartiger Eingriffe ins Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten mit völkerarbeitsrechtlichen Normen geworfen werden (V.).

II. Die Instrumente einer europäischen Wirtschaftssteuerung

Die Steuerung der Wirtschafts- und Finanzpolitik durch die Union ruht auf mehreren Pfeilern. Zentrales Instrument einer Wirtschaftssteuerung durch die EU ist die Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, deren Grundlage in Art. 121 AEUV liegt. Ziel dieser mit den Mitteln der Koordinierung erfolgenden Steuerung des Wirtschaftslebens von der erhöhten europäischen Warte ist es, Stabilität und Wachstum durch wirtschaftspolitische Konvergenz zu sichern. Die Koordinierung ist im Rahmen der Bewältigung der aktuellen Wirtschafts- und Finanzkrise durch mehrere Rechtsakte, die zu dem sog. »Sixpack« gehören, erheblich gestrafft worden. Daneben steht als zweiter Pfeiler die Kontrolle der Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten, die vor allem auf die Vermeidung von Haushaltsdefiziten in den Mitgliedstaaten hinwirkt (Art. 126 AEUV). Sowohl die Koordinierung der Wirtschaftspolitik als auch die Kontrolle der Haushaltspolitik bilden die zentralen Bestandteile des Stabilitäts- und Wachstumspaktes. Jenseits dieser rein unionsrechtlichen Steuerungsmechanismen besteht für Krisenstaaten ein besonderer Krisenmechanismus, der inzwischen im Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) aufgegangen ist und auf völkerrechtlicher Grundlage beruht: In seinem Rahmen werden allerdings sowohl die Kommission als auch die EZB als Unionsorgane aktiv. Sämtliche dieser Instrumente einer Wirtschaftssteuerung entfalten inzwischen auch Bedeutung für die Arbeitsrechtsordnungen in den Mitgliedstaaten.

1. Die Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten

a) Der Ausgangspunkt: Das Koordinierungsverfahren nach Art. 121 AEUV

Die Mitgliedstaaten betrachten ihre Wirtschaftspolitik als eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse und koordinieren sie deshalb (Art. 121 Abs. 1 AEUV). Das Verfahren zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, das in Art. 121 AEUV ausgeformt ist und letztlich auf den Maastricht-Vertrag von 1992 zurückgeht, lässt sich allgemein als ein Verfahren charakterisieren, durch das keine echten Rechtsregeln geschaffen werden, sondern lediglich Soft Law. Insoweit weist es eine strukturelle Ähnlichkeit zur Koordinierung der Beschäftigungspolitik nach Art. 148 AEUV auf.³ Beide Bereiche einer Koordinierung sind überdies inhaltlich miteinander verzahnt, müssen doch die beschäftigungspolitischen Leitlinien mit den Grundzügen der koordinierten Wirtschaftspolitik in Einklang stehen (Art. 148 Abs. 2 S. 2 AEUV).

Die Koordinierung der Wirtschaftspolitik erfolgt in Gestalt von Grundzügen der Wirtschaftspolitik, die den Charakter von Empfehlungen tragen (Art. 121 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 iVm. Art. 288 Abs. 5 AEUV). Auf Empfehlung der Kommission erstellt der Rat hierfür einen Entwurf und erstattet dem Europäischen Rat hierüber Bericht (Art. 121 Abs. 2 UAbs. 1 AEUV). Der Europäische Rat erörtert auf der Grundlage dieses Berichtes des Rates eine Schlussfolgerung zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik (Art. 121 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV). Die Verabschiedung einer Empfehlung für die Koordinierung der Wirtschaftspolitik erfolgt auf der Grundlage der Schlussfolgerung des Europäischen Rates (Art. 121 Abs. 2 UAbs. 3 S. 1 AEUV). Das Europäische Parlament, das an der Ausarbeitung der Grundzüge der Wirtschaftspolitik nicht beteiligt ist, muss in der Folge vom Rat über die Empfehlung nur unterrichtet werden (Art. 121 Abs. 2 UAbs. 3 S. 2 AEUV).

Die Überwachung der Durchführung dieser Empfehlungen durch die Mitgliedstaaten und die Union erfolgt durch den Rat anhand von Berichten der Kommission über die wirtschaftliche Entwicklung in jedem Mitgliedstaat und in der Union und über die Vereinbarkeit der Wirtschafts-

³ Zu dem Koordinierungsverfahren nach Art. 121 AEUV im Überblick Braams, Koordinierung als Kompetenzkategorie, Tübingen 2013, 15 ff. mwN.

politik mit den Grundzügen der Wirtschaftspolitik (Art. 121 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV). Das Sanktionsinstrumentarium, welches Art. 121 AEUV der Kommission und dem Rat an die Hand gibt, ist jedoch auf »Verwarnungen« von einzelnen Mitgliedstaaten und den Ausspruch von »Empfehlungen« beschränkt. Eine rechtsförmige Durchsetzung der koordinierten Wirtschaftspolitik – etwa durch die Verhängung finanzieller Sanktionen oder durch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Mitgliedstaaten, welche sich nicht an die empfohlenen Grundzüge der Wirtschaftspolitik halten – ist seit Schaffung des Koordinierungsverfahrens primärrechtlich nicht vorgesehen.

b) Straffung der Koordinierung der Wirtschaftspolitik

Das Verfahren zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik ist im Zuge der Krise im Jahr 2011 stark reformiert worden. Die Änderungen ergeben sich zum einen aus einer Bündelung der Koordinierung der Wirtschafts- (Art. 121 AEUV) und der Haushaltspolitik (Art. 126 AEUV) durch die Einführung eines Europäischen Semesters. Zum anderen ist die Koordinierung der Wirtschaftspolitik durch zwei der sechs Rechtsakte, die im sog. »Sixpack« 2011 verabschiedet und mit dem der Stabilitäts- und Wachstumspakt reformiert worden ist, gestrafft worden.⁴ Im Kern bewirken die sechs Rechtsakte dieses Gesetzespakets der EU eine Verstärkung der Koordinierung der Wirtschafts- und Finanzpolitik der Mitgliedstaaten. Von besonderer Bedeutung für die Koordinierung der Wirtschaftspolitik ist die VO (EU) Nr. 1176/2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte sowie die auf dieser aufbauenden VO (EU) Nr. 1174/2011 über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euro-Währungsgebiet.

(1). Das europäische Semester

Im Rahmen der »Strategie Europa 2020«⁵ ist eine Straffung der Koordinierung der Wirtschafts- und Haushaltspolitik durch die Einführung eines europäischen Semesters vorgenommen worden. In einem Sechsmonatszyklus wird die Wirtschafts- und Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten aufeinander abgestimmt. Den Ausgangspunkt bildet der Jahreswirtschaftsbericht, den die Kommission zum Ende eines Kalenderjahres verabschiedet und in welchem die wachstums- und arbeitsmarktpolitischen Prioritäten der

EU für das kommende Jahr ausgeführt werden. Auf dessen Grundlage trifft der Europäische Rat im März eine Entscheidung darüber, welche Richtung die Mitgliedstaaten in ihrer nationalen Wirtschafts- und Finanzpolitik einschlagen sollen. Im März legen die Mitgliedstaaten dann ihre Pläne für die Haushaltskonsolidierung sowie ihre nationalen Reformprogramme vor. Die Bewertung dieser nationalen Programme erfolgt durch die Kommission im Juni: Sie schlägt gegebenenfalls länderspezifische Empfehlungen vor, die im Rat für Wirtschaft und Finanzen zur Diskussion gestellt werden und zu denen der Europäische Rat seine Zustimmung zu erteilen hat. Ende Juni oder Anfang Juli schließlich fasst der Rat einen Beschluss über die länderspezifischen Empfehlungen.

Die länderspezifischen Empfehlungen, die in diesem Rahmen an einzelne Mitgliedstaaten gerichtet werden, können auch die Reform nationalen Arbeitsrechts betreffen. So hat der Rat im Jahre 2012 beispielsweise Frankreich ua. empfohlen, weitere Reformen zur Bekämpfung der Arbeitsmarktsegmentierung in Angriff zu nehmen, insbesondere indem das bestehende System des Kündigungsschutzes auf den Prüfstand gestellt und eine maßvolle Mindestlohnpolitik verfolgt wird.⁶ Ähnliche Beispiele ließen sich für andere Mitgliedstaaten anführen. Allerdings sind Verstöße gegen die Empfehlungen des Rates grundsätzlich nicht sanktionierbar; insoweit gilt das zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik bereits Ausgeführte (vgl. oben a) entsprechend.

(2). Das Verfahren zur Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte

Einen bedeutenden Schritt darüber hinaus geht die VO (EU) Nr. 1176/2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, die als Teil des »Sixpack« geschaffen worden ist. Sie institutionalisiert ein Verfahren, das die Entstehung makroökonomischer Ungleichgewichte in den Mitgliedstaaten mithilfe eines

⁴ Zu den Maßnahmen des sog. »Sixpack« im Überblick *Weber*, EuZW 2011, 935, 936 ff. mwN.; *Antpöhler*, ZaöRV 2012, 353 ff.; vgl. auch *Bast/Rödl*, EuGRZ 2012, 269 ff.

⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission, Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM (2010) 2020 endg. vom 3.3.2010.

⁶ Council Recommendation of 6 July 2012 on the National Reform Programme 2012 of France and delivering a Council opinion on the Stability Programme of France, 2012-2016.

Warnmechanismus verhindern oder korrigieren soll⁷ und in die Koordinierung der Wirtschaftspolitik eingebettet ist.

Stellt die Kommission bei einem Mitgliedstaat das Bestehen eines makroökonomischen Ungleichgewichts fest,⁸ ist der betroffene Mitgliedstaat verpflichtet, einen »Korrekturmaßnahmeplan« vorzulegen, in dem die »spezifischen politischen Maßnahmen« festgelegt werden, die der Mitgliedstaat durchzuführen beabsichtigt, um das makroökonomische Ungleichgewicht abzuwenden (Art. 8 Abs. 1). Die Billigung des Planes, gegebenenfalls nach Nachbesserungen, erfolgt durch den Rat (Art. 8 Abs. 2 und 3), die Durchführung wird von der Kommission überwacht. Auch die von den betroffenen Mitgliedstaaten durchzuführenden Reformmaßnahmen können das Arbeitsrecht tangieren: Ein Beispiel hierfür sind die bereits erwähnten Empfehlungen des Rates gegenüber Frankreich.⁹

Die Einzelheiten der Durchsetzung sind ergänzend in der ebenfalls aufgrund des »Sixpack« eingeführten VO (EU) Nr. 1174/2011 vom 16. November 2011 über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euro-Währungsgebiet festgelegt, deren Sanktionssystem aber nur für die Mitgliedstaaten des Euroraumes gilt (Art. 1 Abs. 2). Bei erstmaligem Verstoß gegen den Strukturmaßnahmenplan durch den betreffenden Mitgliedstaat kann diesem durch einen Ratsbeschluss auf Empfehlung der Kommission eine verzinssliche Einlage von bis zu 0,1% des Bruttoinlandsproduktes des Mitgliedstaates auferlegt werden (Art. 3 Abs. 1). Bei wiederholtem Verstoß kann der Rat eine jährliche Geldbuße verhängen (Art. 3 Abs. 2), die sich ebenfalls auf bis zu 0,1% des Bruttoinlandsproduktes belaufen kann. Erwähnenswert ist, dass ein entsprechender Beschluss des Rates als erteilt gilt, wenn die Annahme der Empfehlungen der Kommission nicht binnen zehn Tagen vom Rat mit qualifizierter Mehrheit abgelehnt worden ist (Art. 3 Abs. 3). Von dem Sanktionsinstrumentarium der VO (EU) Nr. 1174/2011 ist allerdings noch kein Gebrauch gemacht worden.

2. Überwachung der Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten

Einen weiteren wesentlichen Pfeiler der europäischen Wirtschaftssteuerung bildet das Verfahren zur Sicherstellung der Haushaltsdisziplin in den Mitgliedstaaten. Es ist im Rahmen des Stabilitäts- und Wachstumspaktes eingeführt, sekundärrechtlich insbesondere durch die VO (EG)

Nr. 1466/97¹⁰ konkretisiert und in den vergangenen Jahren aufgrund der Krise erheblich verschärft worden. Einige wenige Andeutungen mögen an dieser Stelle genügen. Den primärrechtlichen Rahmen gibt Art. 126 AEUV vor, der die in der Haushaltspolitik von den Mitgliedstaaten einzuhaltenden Konvergenzkriterien vorschreibt und ein »Defizitverfahren« für den Fall von Verstößen einzelner Mitgliedstaaten vorsieht, in dessen Rahmen auch Empfehlungen an die betroffenen Mitgliedstaaten gerichtet werden können. Diese Empfehlungen können auch Fragen mit arbeitsrechtlicher Relevanz behandeln (zB. Eingriffe in Löhne und Gehälter von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst).¹¹

Eine Verschärfung der Überwachung der Haushaltspolitik erfolgte vor allem aufgrund des bereits erwähnten »Sixpack«. ¹² Auch hier ist nunmehr die Verhängung von Geldbußen oder die Anordnung einer Einlage möglich.¹³ Mit dem Fiskalvertrag, der als völkerrechtlicher Vertrag zwischen 25 Mitgliedstaaten der EU unterzeichnet wurde und zum 1.1.2013 in Kraft getreten ist,¹⁴ ist dieses Verfahren noch verstärkt worden. Sein zentrales Element ist die Einführung einer »Schuldenbremse« in den Vertragsstaaten – »vorzugsweise mit Verfassungsrang« (Art. 3 Abs. 2) –, deren Einhaltung vor dem EuGH auch unter Verhängung finanzieller Sanktionen gegen den betreffenden Vertragsstaat erzwungen werden kann (Art. 8). Bei Einleitung eines Defizitverfahrens durch die Kommission

7 VO (EU) Nr. 1176/2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, ABl. EU 2011, L. 306/25.

8 Zu den Einzelheiten siehe Art. 3 ff. VO (EU) Nr. 1176/2011.

9 Vgl. Council Recommendation of 6 July 2012 on the National Reform Programme 2012 of France and delivering a Council opinion on the Stability Programme of France, 2012-2016. Für Frankreich hat die Kommission nämlich am 23.11.2011 das Vorliegen eines makroökonomischen Ungleichgewichtes festgestellt.

10 VO (EG) Nr. 1466/97 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken, ABl. EG 1997, L. 209/1.

11 So zB. Art. 2 Abs. 1 f.) des Beschlusses des Rates v. 8.6.2010 gerichtet an Griechenland zwecks Ausweitung und Intensivierung der haushaltspolitischen Überwachung und zur Inverzugsetzung Griechenlands mit der Maßgabe, die zur Beendigung des übermäßigen Defizits als notwendig erachteten Maßnahmen zu treffen (Abl. EU 2010, L. 145/6): Danach sollte Griechenland bis Ende Juni 2010 das Oster-, Urlaubs- und Weihnachtsgeld für Beamte mit dem Ziel einer Einsparung von 1.500 Mio. Euro jährlich kürzen.

12 Dazu im Überblick Weber, EuZW 2011, 2011, 935 ff. mwN.

13 Vgl. VO (EU) Nr. 1173/2011 über die wirksame Durchsetzung der haushaltspolitischen Überwachung im Euro-Währungsgebiet, ABl. EU 2011, L. 306/1.

14 Das BVerfG hat die Ratifizierung des Fiskalvertrages durch die Bundesrepublik Deutschland als verfassungskonform gebilligt: vgl. BVerfG, 12. 9. 2012 – 2 BvR 1390/12 ua. – BVerfGE 132, 195 ff.

gegen einen Vertragsstaat ist dieser verpflichtet, ein »Haushalts- und Wirtschaftspartnerschaftsprogramm« aufzulegen, »das eine detaillierte Beschreibung der Strukturreformen enthält, die zur Gewährleistung einer dauerhaften und wirksamen Korrektur seines übermäßigen Defizits zu beschließen und umzusetzen sind« (Art. 5 Abs. 1). Die Aufstellung eines solchen nationalen Reformprogramms ist in das bereits bestehende Überwachungsverfahren des Stabilitäts- und Wachstumspaktes (vgl. Art. 126 AEUV) eingebettet, denn es muss der Kommission und dem Rat zur Genehmigung vorgelegt werden. Seine Umsetzung wird anschließend von der Kommission und dem Rat überwacht (Art. 5 Abs. 2). Auch diese »Wirtschaftspartnerschaftsprogramme« können Maßnahmen des betroffenen Vertragsstaates auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vorsehen. Einzelne Bestandteile des Fiskalvertrages wie die Pflicht zur Vorlage eines »Wirtschaftspartnerschaftsprogramms« bei Einleitung eines Defizitverfahrens gegen einen Mitgliedstaat sind schließlich durch das sog. »Twopack« vom Mai 2013 – ein aus zwei Verordnungen bestehendes Regelungs paket – in Unionsrecht überführt worden.¹⁵

3. Der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM)

Der Bewältigung akuter Finanzkrisen in einzelnen Mitgliedstaaten des Euroraumes dient der Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM). Er ist im Jahre 2011 durch völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten der EU, die zugleich auch Eurostaaten sind, errichtet worden¹⁶ und hat die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) sowie den Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) ersetzt, die beide nur als zeitlich begrenzte Krisenbewältigungsmechanismen konzipiert waren.¹⁷

Es handelt sich beim ESM somit nicht um eine Einrichtung, die auf Unionsrecht im eigentlichen Sinne fußt; Rechtsgrundlage ist vertragliches Völkerrecht. Allerdings ist der ESM auch mit Unionsrecht verzahnt: Art. 136 Abs. 3 AEUV, der durch Art. 1 des Ratsbeschlusses 2011/199 vom 25. März 2011¹⁸ im Wege des vereinfachten Änderungsverfahrens nach Art. 48 Abs. 6 EUV in den AEUV eingefügt worden ist, ermächtigt nämlich ausdrücklich die Staaten des Euroraums, einen Stabilitätsmechanismus einzurichten, »wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren«; dabei soll »die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus [...] strengen Auflagen unterliegen«. Der EuGH hat in seiner

Plenarentscheidung in der Rechtssache *Thomas Pringle* entschieden, dass die Errichtung des ESM mit Unionsrecht vereinbar ist.¹⁹ Das BVerfG hat Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das deutsche Umsetzungsgesetz zum ESM-Vertrag abgelehnt.²⁰

Der ESM kann einem in Finanznot geratenen Mitgliedstaat Stabilitätshilfen in Form einer Finanzhilfefazilität gewähren (Art. 13 Abs. 1 und 2 ESM-Vertrag). Wird ein solcher Beschluss vom Gouverneursrat des ESM gefasst, überträgt dieser der Kommission die Aufgabe, im Benehmen mit der EZB und nach Möglichkeit zusammen mit dem Internationalen Währungsfonds (IWF) – also als »Troika« – mit dem antragstellenden Mitgliedstaat ein Memorandum of Understanding auszuhandeln, in dem die mit der Finanzhilfefazilität verbundenen Auflagen ausgeführt werden (Art. 13 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 ESM-Vertrag). Dieses Memorandum of Understanding, das nichts anderes als eine vertragliche Vereinbarung ist, soll in voller Übereinstimmung mit der aufgrund des AEUV erfolgten Koordinierung der Wirtschaftspolitik und der in diesem Rahmen an den Mitgliedstaat gerichteten Empfehlungen oder Beschlüssen stehen (Art. 13 Abs. 3 UA 2 ESM-Vertrag). Über Maßnahmen auf dem Gebiet der Sozialpolitik, die von dem hilfebedürftigen Mitgliedstaat zu ergreifen wären, ist im ESM-Vertrag zwar keine Rede. Die Memoranda sehen

15 VO (EU) Nr. 472/2013 über den Ausbau der wirtschafts- und haushaltspolitischen Überwachung von Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, die von gravierenden Schwierigkeiten in Bezug auf ihre finanzielle Stabilität betroffen oder bedroht sind, ABl. EU 2013, L. 140/1; VO (EU) Nr. 473/2013 über gemeinsame Bestimmungen für die Überwachung und Bewertung der Übersichten über die Haushaltsplanung und für die Gewährleistung der Korrektur übermäßiger Defizite der Mitgliedstaaten im Euro-Währungsgebiet, ABl. 2013 L. 140/11.

16 Vertrag zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag) vom 2.2.2012, von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert durch das Gesetz vom 13.9.2012 zu dem Vertrag vom 2.2.2012 zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), BGBl. 2012 II, S. 981.

17 Der EFSM wurde durch die VO (EU) Nr. 407/2010 vom 11.5.2010 zur Einführung eines Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (Abl. 2010, L. 118/1) errichtet. Als Rechtsgrundlage dieser VO wurde die »Notstandsklausel« des Art. 122 Abs. 2 AEUV herangezogen, was nicht unproblematisch ist; dazu im Überblick A. Weber (Fn. 4), 935, 937 mwN. Der EFSF wurde hingegen von den Mitgliedstaaten des Euroraums durch privatrechtlichen Vertrag als juristische Person des Luxemburger Rechts errichtet, was grundsätzlich zulässig ist, denn das Unionsrecht verwehrt den Mitgliedstaaten nicht, jenseits des Unionsrechts untereinander privatrechtliche Verträge abzuschließen; vgl. A. Weber (Fn. 4), 935, 937 f.; Thym, EuZW 2011, 167, 168.

18 Beschluss zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABl. EU 2011, L. 91/1.

19 EuGH, 27.11.2012 – C-370/12 – NJW 2013, 29 ff. (*Thomas Pringle/Government of Ireland, The Attorney General*).

20 Vgl. BVerfG, 12.9.2012 – 2 BvR 1824/12 – BVerfGE 132, 287 ff.

aber ebenso wie die im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik an Mitgliedstaaten gerichteten länderspezifischen Empfehlungen Strukturreformen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts vor.²¹

Insgesamt ist das ESM-Verfahren somit durch eine Verzahnung von völkerrechtlichen Regeln, welche die Staaten des Euroraumes eingegangen sind, und dem Recht der EU gekennzeichnet. Zentrale Organe der EU wie die Kommission, welche die Aufgabe einer »Hüterin der Verträge« hat, sowie der EZB werden für die Durchführung des Verfahrens vor dem ESM in Anspruch genommen. Es findet somit eine völkerrechtliche »Organleihe« der Union gegenüber dem ESM statt, die allerdings von der Plenarentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Pringle* als mit Unionsrecht vereinbar angesehen worden ist.²² Zugleich sieht sich die völkerrechtliche Konstruktion des ESM dem Vorwurf ausgesetzt, dass dadurch die Bindungen des Unionsrechts zumindest partiell für die Gewährung von Hilfen an notleidende Mitgliedstaaten abgestreift werden; darauf wird noch zurückzukommen sein (siehe unten IV.).

III. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten

Sowohl die länderspezifischen »Empfehlungen«, die im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik und der Überwachung der Haushaltspolitik an Mitgliedstaaten der EU adressiert werden, als auch die Auflagen für Krisenstaaten in Memoranda of Understanding, welche die »Troika« im Zusammenhang mit der Gewährung von Finanzhilfen des ESM aufdrängt, können erhebliche Folgen für das Arbeitsrecht in den betroffenen Mitgliedstaaten haben und zu schwerwiegenden Eingriffen in Grundrechte der Arbeitnehmer führen. Dies sei am Beispiel von Portugal, einem der Krisenstaaten des Euroraumes, veranschaulicht.

Portugal hat bereits im Jahre 2011 unter dem »Rettungsschutzschirm« des ESFM, des Vorläufers des ESM (vgl. oben II.2.), Schutz gesucht und in großem Umfang Finanzhilfen in Anspruch genommen. In diesem Rahmen hat die portugiesische Regierung mit der Europäischen Kommission, der EZB und dem IWF am 17. Mai 2011 ein Memorandum of Understanding abgeschlossen, das die von Portugal innerhalb eines präzise festgelegten Zeitplans durchzuführenden Stabilisierungsmaßnahmen definiert.²³ Dieses sog. »Economic Adjustment Programme« sieht Finanzhilfen für Portu-

gal in Höhe von 78 Milliarden Euro vor und hat eine Laufzeit bis Mitte 2014. Die länderspezifischen Empfehlungen der Kommission, welche diese im Rahmen des sog. Europäischen Semesters an Portugal gerichtet hat, begnügen sich mit einem Verweis auf dieses gigantische Anpassungsprogramm, das zwischen der Troika und Portugal ausgehandelt worden ist: Es besteht somit ein Gleichlauf von länderspezifischen Empfehlungen im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik und dem durch das Memorandum of Understanding festgelegten Reformprogramm.

Das Anpassungsprogramm verlangt Portugal weitreichende Reformen auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Finanzpolitik ab, die an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden brauchen. Mit Blick auf die sozialen Folgen sei nur auf die Pflicht zur Privatisierung von Unternehmen, die in staatlichem Eigentum stehen oder an denen der Staat Anteilsbesitz hat und die damit einhergehenden Arbeitsplatzverluste hingewiesen.²⁴ Auch die Einschnitte in der öffentlichen Verwaltung und in staatlichen Unternehmen führen zwangsläufig zum Abbau von Arbeitsplätzen.²⁵ Einen Schwerpunkt des Reformprogramms bildet indessen das Arbeitsrecht. Portugal hat inzwischen wesentliche Teile dieses erheblich in die Arbeitsbeziehungen eingreifenden Reformprogramms durch Gesetz umgesetzt.²⁶

Die Gesetze wurden im Rahmen der gesetzlich institutionalisierten sozialen Konzertierung zwischen den Sozialpartnern und der Regierung²⁷ in mehreren Abkommen

21 So zB. Ziffer 4.5 des »Economic Adjustment Programme« für Zypern, abrufbar unter: <http://www.esm.europa.eu/pdf/The%20Economic%20Adjustment%20Programme%20for%20Cyprus.pdf> (27.1.2014). Zum Beispiel Portugals sogleich unten III.

22 EuGH, 27.11.2012 – C-370 – NJW 2013, 29 ff. (*Thomas Pringle/Government of Ireland, The Attorney General*).

23 Das Memorandum of Understanding ist abrufbar unter: http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorandotroika_04-05-2011.pdf (3.2.2014).

24 Eine Pflicht zur Beschleunigung der Privatisierungsbemühungen der portugiesischen Regierung sieht Ziffer 3.30 Memorandum of Understanding vor.

25 Vgl. Ziffer 3.23 Memorandum of Understanding, wonach die Betriebskosten von Staatsunternehmen bis Ende 2011 im Vergleich zu 2009 um mindestens 15% reduziert werden sollten. Dass dieses Ziel weder ohne erhebliche Einschnitte bei den Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer dieser Unternehmen noch ohne den Abbau von Arbeitsplätzen zu erreichen ist, drängt sich auf.

26 ZB. durch das Gesetz Nr. 53/2011, *Diário da República* 2011, Nr. 198, S. 4636; Gesetz Nr. 3/2012, *Diário da República* 2011, Nr. 7, S. 52; Gesetz Nr. 23/2012, *Diário da República* 2012, Nr. 121, S. 3158; Gesetz Nr. 47/2012, *Diário da República* 2012, Nr. 167, S. 4826; Gesetz 69/2013, *Diário da República* 2013, Nr. 167, S. 5251.

27 Sie findet in der Ständigen Kommission für soziale Konzertierung [*Comissão Permanente de Concertação Social*] statt.

vereinbart.²⁸ Es sollte aber nicht unerwähnt bleiben, dass dieser äußerst schmerzliche Reformprozess von erheblichen sozialen Konflikten und mehreren Generalstreiks begleitet war, die das wirtschaftliche Leben in Portugal jeweils für einen ganzen Tag lahm legten.²⁹ Doch auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht sind die Reformen der Regierungsmehrheit an Grenzen gestoßen: So hat das Verfassungsgericht durch seine Entscheidung vom 5.4.2013 einzelne Sparmaßnahmen, die auf das mit der »Troika« ausgehandelte »Economic Adjustment Programme« zurückgehen (zB. die Streichung des Urlaubsgeldes für Beamte und Arbeitnehmer der öffentlichen Hand), als verfassungswidrig verworfen.³⁰

Es würde den vorgegebenen Rahmen sprengen, an dieser Stelle die in den letzten fünf Jahren durchgeführten Reformen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts umfassend nachzuzeichnen. Im Folgenden kann es deshalb nur darum gehen, einige zentrale strukturelle Änderungen des portugiesischen Arbeitsrechts hervorzuheben und zu erläutern, die auf das mit der »Troika« abgeschlossene Memorandum of Understanding zurückgehen.

1. »Einfrieren« des gesetzlichen Mindestlohnes

Einen wichtigen Anknüpfungspunkt für Reformen bildet das portugiesische Mindestlohnsystem. Ebenso wie zahlreiche andere Mitgliedstaaten der EU besteht in Portugal ein gesetzlicher Mindestlohn. Die Art. 273 ff. Arbeitsgesetzbuch (*Código do Trabalho* – im Folgenden: CT) konkretisieren den Verfassungsauftrag des Art. 59 Abs. 2 Verfassung der Republik Portugal, einen nationalen Mindestlohn zu schaffen und sichern einen garantierten monatlichen Mindestlohn (*Retribuição mínima mensal garantida*), der durch Gesetzesdekret nach Anhörung der Ständigen Kommission für Soziale Konzertierung (*Comissão Permanente de Concertação Social*) jährlich festgelegt wird und vor allem die notwendigen Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers, deren Erhöhung sowie die Produktivitätsentwicklung zu berücksichtigen hat (vgl. Art. 283 Abs. 2 CT).³¹ Seit dem 1. Januar 2011 beträgt der gesetzliche Mindestlohn konstant 485 Euro monatlich;³² im Jahr 2010, also noch vor dem Abschluss des Memorandum of Understanding mit der »Troika«, wurde der Mindestlohn von 450 auf 475 Euro und damit um 5,6% gegenüber dem Vorjahr angehoben.³³

Das Memorandum of Understanding verpflichtet die portugiesische Regierung, während der Laufzeit des Abkommens eine Erhöhung des Mindestlohns ausschließlich dann

vorzunehmen, wenn er aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklungen und der Entwicklung des Arbeitsmarktes gerechtfertigt ist und im Rahmen der Kontrolle der Durchführung des Anpassungsprogramms von der »Troika« akzeptiert worden ist. In der Sache heißt dies nichts anderes, als dass jegliche Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohnes einer Genehmigung durch die »Troika« bedarf. Die staatliche Lohnpolitik ist somit faktisch in die Hände der »Troika« gelegt. Angesichts dieses großen externen Drucks überrascht es wenig, dass der gesetzliche Mindestlohn seit der Unterzeichnung des Memorandum of Understanding mit der »Troika« stagniert. Damit besteht allerdings die Gefahr, dass er immer weniger die ihm vom Gesetz zugemessene Aufgabe, nämlich Arbeitnehmern eine angemessene wirtschaftliche Existenz zu sichern, erfüllen kann: Immerhin betrug die Inflation im Jahre 2011 durchschnittlich 3,65% und im Jahre 2012 fast 2,8%, so dass seit der letzten Erhöhung des Mindestlohns ein beträchtlicher Reallohnverlust eingetreten ist. Auch sollte man zur Kenntnis nehmen, dass nach einer Untersuchung des Arbeitsministeriums im Jahre 2012 11,3% der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer nur den gesetzlichen Mindestlohn erhielten.³⁴

2. Reform des Kündigungsschutzrechts

Starken Eingriffen ist darüber hinaus auch das Kündigungsschutzrecht ausgesetzt. Der portugiesische Gesetzgeber hat aufgrund des Memorandum of Understanding

28 Insbesondere durch das Dreigliedrige Abkommen vom 12.1.2012 über Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung [*Acordo Tripartido compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*] sowie durch das Dreigliedrige Abkommen vom 22.3.2011 über Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung [*Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego*].

29 So zB. am 24.11.2012 und am 24.11.2011.

30 Tribunal Constitucional da Republica portuguesa, 5.4.2013 – Az.: 187/2013. In einer Entscheidung vom 21.11.2013 (Az.: 794/2013) bestätigte das Gericht jedoch die Verfassungsmäßigkeit der Arbeitszeitverlängerung im öffentlichen Dienst von 35 auf 40 Stunden in der Woche. Die Entscheidungen des Gerichts können auf der Website des Verfassungsgerichts abgerufen werden unter: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/> (27.1.2014).

31 Dazu im Überblick *António Monteiro Fernandes*, *Direito do trabalho*, 16. Auflage, Coimbra 2012, Rn. 344 ff.

32 Art. 1 (1) Decreto-Lei n.º 143/10 vom 31.12.2010, *Diário da República*, 1.a série, N.º 253, S. 6121.

33 Art. 1 Decreto-Lei n.º 5/10 vom 15.1.2010, *Diário da República*, 1.a série, N.º 10, S. 180.

34 Ministerio da Economia e do Emprego, *Retribuição mínima mensal garantida (Salário Mínimo Nacional) – Enquadramento para 2013*, 16. Aus der Studie geht hervor, dass der Anteil der nach Mindestlohn beschäftigten Arbeitnehmer während der Krise drastisch zugenommen hat: Im Jahre 2008 betrug ihr Anteil an den in Vollzeit beschäftigten Arbeitnehmern noch 7,4%.

mit der »Troika« an verschiedenen Stellen erhebliche Einschnitte im Bestandsschutz vorgenommen, um die Umstrukturierung von Unternehmen in der Krise zu erleichtern.

a) Flexibilisierung von Kündigungsgründen

Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber nach portugiesischem Recht ein Arbeitsverhältnis nur kündigen, wenn er über einen sachlichen Grund (*justa causa*) verfügt. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ist bislang durch die diesen Grundsatz konkretisierenden Regelungen des CT erheblich eingeschränkt gewesen. Um die Umstrukturierung von Unternehmen zu erleichtern, hat der portugiesische Gesetzgeber den Kündigungsschutz jedoch beträchtlich gelockert und gestrafft. Insbesondere der Kündigungsschutz bei Wegfall des Arbeitsplatzes sowie bei mangelnder Anpassungsfähigkeit des Arbeitnehmers sind durch die jüngsten gesetzlichen Reformen stark aufgeweicht worden.

(1). Wegfall des Arbeitsplatzes

Fällt der Arbeitsplatz aus Motiven des Marktes, der Struktur oder aus technologischen Gründen weg, kann dem Arbeitnehmer grundsätzlich gekündigt werden (*despedimento por extinção de posto de trabalho*), Art. 367 ff. CT.³⁵ Sollen bei mehreren Arbeitnehmern mit vergleichbaren Arbeitsplätzen nur einzelne von ihnen gekündigt werden, hat der Arbeitgeber eine Auswahlentscheidung zu treffen. Nach bisherigem Recht war dabei vor allem die Anciennität des Arbeitnehmers auf seinem Arbeitsplatz, in seinem Beruf sowie im Unternehmen ausschlaggebend. Diese Regeln wurden durch das Gesetz Nr. 23/2012 vom 25.6.2012 erheblich flexibilisiert: Nunmehr obliegt es dem Arbeitgeber, einseitig nicht diskriminierende Kriterien für die Auswahlentscheidung festzulegen (Art. 368 Abs. 2 CT nF.) und sie der Arbeitnehmerkommission (*Comissão de trabalhadores*) mitzuteilen (Art. 369 Abs. 1 lit. c CT nF.).³⁶ Die von den Arbeitnehmerkommissionen ausgeübte Kontrolle beschränkt sich aber nur auf die Unterrichtung und umfasst keine Form der Mitbestimmung, so dass der Arbeitgeber über einen sehr weitgehenden Ermessensspielraum bei der Festlegung der Auswahlkriterien verfügt. Durch die Abschaffung der bisher geltenden Kriterien für die Auswahlentscheidung ist die Kündigung bei Wegfall eines Arbeitsplatzes erheblich vereinfacht worden.

(2). Mangelnde Anpassungsfähigkeit des Arbeitnehmers

Auch das Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis bei fehlender Anpassungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu kündigen (*despedimento por inadaptação*)³⁷ ist erheblich ausgeweitet worden. Nach Art. 373 ff. CT kann der Arbeitgeber insbesondere kündigen, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wegen einer kontinuierlichen Verminderung der Arbeitsproduktivität oder Qualität bzw. wegen einer Gefährdung der Arbeitssicherheit nicht mehr zumutbar ist. Grund hierfür muss die kurz zuvor erfolgte Einführung neuer Arbeitsmethoden oder neuer Technologien am Arbeitsplatz sein. Nach bisherigem Recht konnte der Arbeitgeber nur unter der Voraussetzung kündigen, dass es keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer auf einem vergleichbaren Arbeitsplatz im Unternehmen gibt (*obrigação de colocação do trabalhador em posto compatível*). Aufgrund der Reform durch das Gesetz Nr. 23/2012 vom 25.6.2012 ist dieses Erfordernis jedoch ersatzlos weggefallen. Damit sind auch Kündigungen bei der Einführung neuer Arbeitsmethoden erheblich erleichtert worden.

b) Beschränkung von Abfindungsansprüchen

Grundlegend reformiert wurde durch das Gesetz 23/2012 vom 25.6.2012 auch das System der Abfindungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach den Vorschriften des CT haben Arbeitnehmer, die im Rahmen einer Massenentlassung,³⁸ wegen einer nicht möglichen Anpassung des Arbeitnehmers (*despedimento por inadaptação*)³⁹ oder der Abschaffung des Arbeitsplatzes (*despedimento por extinção de posto de trabalho*)⁴⁰ gekündigt werden, gegen den Arbeitgeber Anspruch auf Zahlung einer Abfindung (*compensação*). Bis zur Reform war für jedes Beschäftigungsjahr eine Monatsvergütung zu zahlen, ohne dass das Gesetz einen Höchstbetrag anordnete. Allerdings bestand

35 Für einen Überblick statt vieler *Monteiro Fernandes* (Fn. 31), Rn. 461 ff. mwN.

36 Die Arbeitnehmerkommissionen werden von sämtlichen Arbeitnehmern eines Betriebes oder Unternehmens gewählt und haben vor allem Unterrichtungs- und Anhörungsrechte, aber auch ein Recht auf Mitverwaltung der sozialen Einrichtungen des Arbeitgebers. Zu den Arbeitnehmerkommissionen im Überblick *Monteiro Fernandes* (Fn. 31), Rn. 552 ff.

37 Dazu *Monteiro Fernandes* (Fn. 31), Rn. 476 ff. mwN.

38 Art. 366 CT.

39 Art. 379 iVm. Art. 366 CT.

40 Art. 372 iVm. Art. 366 CT.

Anspruch auf eine Mindestabfindung von drei Monatsvergütungen.⁴¹ Es liegt auf der Hand, dass diese Abfindungsregeln insbesondere bei der Kündigung von Arbeitnehmern mit längerer Betriebszugehörigkeit zu erheblichen Kosten führen und deshalb die Durchführung von Unternehmensumstrukturierungen behindern konnten.

Nach dem im Jahre 2012 novellierten Art. 366 Abs. 1 CT ist die Höhe der in diesen Fällen vom Arbeitgeber geschuldeten Abfindung erheblich reduziert. Für Arbeitsverträge, die nach dem 1. November 2011 abgeschlossen worden sind, gelten strengere Berechnungsregeln als zuvor. So ist nur noch eine Abfindung von höchstens 20 Arbeitstagen pro Beschäftigungsjahr zu zahlen, wobei sie höchstens 12 Monatsentgelte betragen darf. Darüber hinaus darf die bei der Berechnung zugrunde zulegende Grundvergütung zuzüglich eventueller Zuschläge für die Betriebszugehörigkeit (*Retribuição base mais diuturnidades*) nicht das zwanzigfache der Basisvergütung (*Retribuição mínima mensal garantida (RMMG)*) überschreiten; da die RMMG derzeit bei 485 Euro liegt,⁴² ist der Abfindungsanspruch eines gekündigten Arbeitnehmers nach diesen Berechnungsregeln somit auf 9.700 Euro begrenzt.

Die Neuregelung gilt erst für die Zukunft, so dass sich Arbeitnehmer mit langen Betriebszugehörigkeitszeiten immer noch auf die bisherigen Berechnungsregeln berufen können. Die sozialen Auswirkungen der neuen Vorschriften werden somit erst in Zukunft spürbar werden, dürften dann aber von erheblicher Tragweite für die betroffenen Arbeitnehmer sein, berücksichtigt man, dass durch die jüngsten Reformen der Arbeitslosenunterstützung (*subsídio de desemprego*) sowohl Dauer als auch Umfang der finanziellen Leistungen an Arbeitslose drastisch gekürzt worden sind und somit Kündigungsabfindungen in Zukunft gekündigte Arbeitnehmer nur noch für eine sehr begrenzte Zeitdauer vor einem Absinken in die Armut schützen können.

c) Eingriffe in das System der Kollektivverhandlungen

Die Reformen des portugiesischen Arbeitsrechts betreffen in besonderer Weise die gewachsenen Strukturen des Systems der Kollektivverhandlungen. Dabei dreht die »Troika« an verschiedenen Stellschrauben, die in einer Gesamtschau zu tiefgreifenden Veränderungen der Kollektivverhandlungen in Portugal führen dürften.

(1). Allgemeinverbindlicherklärung

Ebenso wie die meisten anderen europäischen Arbeitsrechtsordnungen kennt auch das portugiesische Recht das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung. Durch Rechtsverordnung des Arbeitsministers kann eine Erstreckung von Kollektivverträgen vorgenommen werden (*Portaria de extensão*); die Einzelheiten sind in den Art. 514 bis 516 CT geregelt.⁴³ Im Unterschied zum deutschen Recht waren die gesetzlichen Anforderungen an eine Allgemeinverbindlichkeit nicht hoch: Insbesondere war nicht erforderlich, dass mindestens 50% der im Geltungsbereich des Kollektivvertrages beschäftigten Arbeitnehmer diesem unterworfen waren; auch gab es keine inhaltlichen Vorgaben an die Ermessensentscheidung des Arbeitsministers. Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass bis zur jüngsten Reform der Art. 514 bis 516 CT eine Erstreckung der Rechtsnormen von Kollektivverträgen auf Außenseiter in den meisten Fällen erfolgte. Nach Schätzungen war bis dahin auf ungefähr 90% der Arbeitsverhältnisse ein Kollektivvertrag anzuwenden,⁴⁴ obwohl der gewerkschaftliche Organisationsgrad in Portugal unterhalb von 20% liegt.⁴⁵

An dieser verbreiteten Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung setzt das mit der »Troika« vereinbarte Memorandum of Understanding an. Unter der Überschrift »Wage setting and competitiveness« (Ziffer 4.7) verpflichtet es die portugiesische Regierung, die Befugnis des Arbeitsministeriums zur Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen einzuschränken. Insbesondere soll diese durch Festlegung von Kriterien begrenzt werden wie etwa die Einführung eines Erfordernisses der Repräsentativität der einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung stellenden Organisationen sowie die Pflicht zur Berücksichtigung der Auswirkungen einer ministeriellen Erstreckung auf die Außenseiter. Die »Troika« denkt dabei an die Festlegung quantitativer wie qualitativer Indikatoren für die Repräsentativität. Grundlage dieser

41 Zur bisherigen Rechtslage instruktiv *Monteiro Fernandes* (Fn. 31), Rn. 476 ff. mwN.

42 Vgl. Art. 1 (1) Decreto-Lei n.º 143/10 vom 31.12.2010, *Diário da República*, 1.a série, N.º 253, S. 6121.

43 Dazu *Monteiro Fernandes* (Fn. 31), Rn. 607.

44 Dazu European Foundation for the Improvement of Working and Living Conditions, Portugal: Industrial Relations profile, 6, abrufbar unter: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/country/portugal.pdf> (27.1.2014).

45 Vgl. ebenda, 4.

Schärfung der Repräsentativitätsanforderungen für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände soll eine Datensammlung der nationalen Statistikbehörde sein, welche die portugiesische Regierung veranlassen soll.

Trotz dieser Vorgaben sind die Vorschriften des CT über die Allgemeinverbindlicherklärung vom portugiesischen Gesetzgeber bislang nicht entsprechend abgeändert worden. Die Veränderungen im Regime der Allgemeinverbindlicherklärung vollziehen sich vielmehr auf der untergesetzlichen Ebene. Der Ministerrat (Conselho de Ministros) hat nämlich durch Beschluss vom 10.10.2012 Art. 514 und Art. 515 näher konkretisiert und macht Allgemeinverbindlicherklärungen von weiteren Kriterien abhängig.⁴⁶ Danach muss die Erstreckung von mindestens einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband beantragt worden sein und die unter den Geltungsbereich des Kollektivvertrages fallenden Arbeitgeber müssen mindestens 50% der Arbeitnehmer im fachlichen, persönlichen, räumlichen Geltungsbereich des Kollektivvertrages beschäftigen; die Voraussetzungen sind somit denjenigen des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG angenähert worden. Das Erfordernis der 50-Prozent-Klausel soll indessen nicht gelten, wenn der Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung von vornherein kleine und mittlere Unternehmen von einer Erstreckung ausnimmt.

Gerade die 50-Prozent-Klausel dürfte dazu führen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen in der Zukunft erheblich an Bedeutung verlieren und sich die Erosion des kollektivvertraglichen Arbeitnehmerschutzes stark beschleunigen wird. In zahlreichen Sektoren beschäftigen nämlich die an den Kollektivvertrag gebundenen Arbeitgeber nicht 50% oder mehr der Arbeitnehmer. Beantragen die Parteien eines Kollektivvertrages dessen Erstreckung, ohne dass die erfassten Arbeitgeber 50% oder mehr der Arbeitnehmer innerhalb des Geltungsbereiches des Kollektivvertrages beschäftigen, sind sie gezwungen, mit einer Teilerstreckung, welche kleine und mittlere Unternehmen vom Allgemeinverbindlichkeitsantrag ausnimmt, vorlieb zu nehmen. Da die portugiesische Wirtschaft aber ganz überwiegend von Kleinunternehmen geprägt ist und diese überwiegend nicht Mitglieder in Arbeitgeberverbänden sind, dürfte in vielen Fällen eine Erstreckung von Kollektivverträgen nicht mehr möglich sein. Gerade dieser Eingriff dürfte die Erosion des Systems der Kollektivverhandlungen in Portugal stark beschleunigen.

(2). Dezentralisierung des Systems der Kollektivverhandlungen

Möglicherweise noch größere Auswirkungen auf das System der Kollektivverhandlungen könnte die sich auf Veranlassung des Memorandum of Understanding vollziehende »organisierte Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen von der Branchen- auf die Unternehmens- oder Betriebsebene haben. Traditionell ist das portugiesische System der Kollektivverhandlungen durch Branchenverträge geprägt;⁴⁷ ebenso wie in Deutschland bildet der Firmen- oder Unternehmenstarifvertrag nicht den Regelfall.

Bereits die zwischen den Sozialpartnern und der Regierung am 22.3.2011 abgeschlossene »Dreigliedrige Vereinbarung für Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung« (Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego)⁴⁸ sah – gleichsam Parallel zu den damals noch laufenden Verhandlungen mit der »Troika« und bereits im Vorgriff auf das dann abgeschlossene Memorandum of Understanding – unter Ziffer 4.1 eine »organisierte Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen von der Branchen- auf die Unternehmensebene vor. Das mit der »Troika« abgeschlossene Memorandum of Understanding griff diese Dezentralisierung auf. Kernpunkt dieser Verlagerung von kollektiven Regelungsbefugnissen auf die Unternehmensebene ist die Vereinbarung von Öffnungsklauseln in den Kollektivverträgen auf Branchenebene. Die Öffnungen sollen flexible Regelungen auf der Unternehmensebene insbesondere bei der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeit ermöglichen. Verhandlungspartner auf Unternehmensebene können neben den Gewerkschaftskommissionen, welche die Gesamtheit der Delegierten einer Gewerkschaft innerhalb eines Betriebs oder eines Unternehmens bilden (Art. 442 Abs. 1 g), 462 Abs. 2 CT), auch die Arbeitnehmerkommissionen sein, die von der gesamten Belegschaft in Unternehmen zu wählen sind.⁴⁹ Gerade die »Delegation« von Regelungsbefugnissen auf Letztere ist ein Novum, denn die Arbeitnehmerkommissionen sind lediglich als Konsul-

46 Diário da República, I.a série – N.º 211 – 31.10.2012, S. 6265.

47 Vgl. European Foundation for the Improvement of Working and Living Conditions, Portugal: Industrial Relations profile, 4.

48 Abrufbar unter: <http://www.ces.pt/download/719/AcordoTripCompetEmprego.pdf> (16.1.2014).

49 Zu den Arbeiterkommissionen im Überblick *Monteiro Fernandes* (Fn. 31), Rn. 552 ff.

tationsorgane konzipiert und können im Unterschied zu den deutschen Betriebsräten keine Betriebsvereinbarung abschließen; der normative Rahmen für eine solche »organisierte Dezentralisierung« auf Arbeitnehmerkommissionen wäre deshalb erst noch zu schaffen.

Eine gesetzliche Öffnung von Kollektivverträgen, wie sie auch in Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder rechtspolitisch gefordert worden ist,⁵⁰ ist somit in Portugal bislang nicht erfolgt und derzeit auch nicht vorgesehen. Trotz des Fehlens einer gesetzlichen Durchsetzung dieser »organisierten Dezentralisierung« sehen inzwischen zahlreiche Branchenverträge Öffnungsklauseln für Fragen der Arbeitszeit und zur betrieblichen Regelung weiterer Arbeitsbedingungen vor. Dieser Prozess ist somit einzig und allein durch den wirtschaftlichen Druck seitens der »Troika« getrieben. Es ist äußerst fraglich, ob die einmal auf die Ebene des Unternehmens oder des Betriebs verlagerten Regelungsbefugnisse jemals wieder auf die Ebene der Branche zurückgeholt werden können.

Zur Flankierung dieser »Dynamisierung der Kollektivverhandlungen« und damit auch der »organisierten Dezentralisierung« hat die Regierung ein dreigliedrig zusammengesetztes »Zentrum für Arbeitsbeziehungen« (Centro de Relações Laborais) geschaffen.⁵¹ Es hat die Aufgabe, den sozialen Dialog durch Information und Schulung von Verhandlungsführern sowie durch die Untersuchung des Inhaltes von Kollektivverträgen zu fördern. Es dürfte noch zu früh sein, die tatsächliche Bedeutung sowie die Auswirkungen dieser unterstützenden Einrichtung auf das portugiesische System der Kollektivverhandlungen einzuschätzen.

3. Zwischenfazit

Der knappe Überblick über die arbeitsrechtlichen Reformmaßnahmen der vergangenen Jahre in Portugal hat gezeigt, dass das von der »Troika« veranlasste Reformprogramm zu teilweise weitreichenden Einschnitten in das nationale Arbeitsrecht von Portugal geführt hat; mit der Kommission und der EZB haben zwei Organe der Union diesen Reformprozess mitinitiiert. Neben den Lockerungen des gesetzlichen Kündigungsschutzes und der Einschränkung des Anspruches auf Kündigungsabfindungen sind hier die Einschränkungen der Befugnis zur Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen sowie die »organisierte Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen in Richtung Unternehmens- und Betriebsebene hervorzuheben.

Mit Blick auf die Art und Weise, in welcher die Reformen umgesetzt werden, fällt auf, dass sie nicht immer per Gesetz eingeführt worden sind: So sind weitgehende Struktureingriffe wie die von der »Troika« verlangte »organisierte Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen im Wege »freiwilliger« Vereinbarungen der Sozialpartner (zB. durch die Einführung von Öffnungsklauseln in Kollektivverträgen) vollzogen worden. Damit gibt es auch keinen Gesetzesakt, der im Wege der Verfassungsklage vor dem portugiesischen Verfassungsgericht oder vor internationalen Einrichtungen des Arbeitsrechts angreifbar wäre.

IV. Unionsrechtliche Grenzen für Eingriffe in das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten

Sowohl die reformierte Koordinierung der Wirtschaftspolitik als auch die Ausgestaltung von Finanzhilfen durch den ESM können somit erhebliche Veränderungen im Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten forcieren. Damit stellt sich die Frage nach den unionsrechtlichen Grenzen einer solchen Politik der Union oder (einzeln) ihrer Organe (wie der Kommission und der EZB innerhalb des ESM). Die Frage lässt sich in ihrer Gesamtheit sicherlich nicht einheitlich beantworten, da die verschiedenen Mechanismen der Union für eine Wirtschaftssteuerung, wie oben ausgeführt worden ist, auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen beruhen und im Einzelnen auch unterschiedlich ausgestaltet sind. Zweifel an der Zulässigkeit dieser Maßnahmen können sich aus der Zuständigkeitsordnung der Union (1.) sowie aus den unionsrechtlich gewährleisteten Grundrechten der Arbeitnehmer (2.) ergeben.

1. Zuständigkeit der Union

Bereits die Zuständigkeit der Union ist jedenfalls für Maßnahmen auf dem Gebiet der Lohnpolitik fragwürdig. Ausgangspunkt der Beurteilung ist der Grundsatz der Einzelmächtigung (vgl. Art. 4 EUV), wonach die Union nur

⁵⁰ Für einen Überblick über die rechtspolitischen Vorstöße in den 1980er und 1990er Jahren zugunsten einer gesetzlichen Öffnung von Tarifverträgen zugunsten abweichender Betriebsvereinbarungen siehe Seifert, Umfang und Grenzen der Zulässigkeit tarifabweichender Betriebsvereinbarungen, Baden-Baden 2000, S. 41 ff. mwN.

⁵¹ Decreto-Lei n.º 189/2012, Diário da República, 1.ª série – N.º 162 – 22.8.2012, S. 4606. Auch diese Maßnahme wurde im Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego vom 22.3.2011 angekündigt.

aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung zuständig ist. Die Gewährung von Finanzhilfen durch den ESM lässt sich unionsrechtlich auf die durch den Beschluss des Rates 2011/199 vom 25.3.2011 neu geschaffene Kompetenznorm des Art. 136 Abs. 3 AEUV stützen; davon geht auch das Plenum des EuGH in seinem Urteil vom 27.11.2012 in der Rechtssache Pringle aus.⁵² Zweifelhaft ist allerdings zum einen, ob die Union überhaupt die Zuständigkeit dafür besitzt, im Rahmen des Verfahrens zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik nach Art. 121 AEUV für den Fall eines Vorliegens von (übermäßigen) makroökonomischen Ungleichgewichten in einzelnen Mitgliedstaaten gegen diese Sanktionen zu verhängen (a). Zum anderen ist fraglich, ob eine Koordinierung der Wirtschaftspolitik, die zugleich auch auf die Lohnpolitik in den Mitgliedstaaten (sanktionsbewehrt) Einfluss nehmen will, mit der negativen Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 5 AEUV vereinbar ist (b).

a) Fehlende Zuständigkeit für Sanktionsmechanismen

Werden vom Rat im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik nach Art. 121 AEUV einzelne Empfehlungen an Mitgliedstaaten gerichtet, können diese – wie bereits gezeigt – nach der VO (EU) Nr. 1174/2011 mittels Anordnung finanzieller Sanktionen durchgesetzt werden. Für die Schaffung solcher »harter« Sanktionen für die Nichtbefolgung der länderspezifischen Empfehlungen im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik besteht allerdings keine Rechtsgrundlage im AEUV.⁵³ Art. 121 Abs. 6 AEUV, auf den die VO (EU) Nr. 1174/2011 gestützt ist, erlaubt nämlich dem Europäischen Parlament und dem Rat lediglich, die Einzelheiten des Verfahrens der multilateralen Überwachung nach Art. 121 Abs. 3 und AEUV festzulegen. Namentlich Art. 121 Abs. 4 AEUV begrenzt aber die Sanktionen im Falle der Unvereinbarkeit der Wirtschaftspolitik eines Mitgliedstaates mit den Grundzügen der Wirtschaftspolitik, die der Rat auf der Grundlage von Art. 121 Abs. 2 AEUV beschlossen hat, auf den Ausspruch einer Verwarnung an den betreffenden Mitgliedstaat und auf entsprechende »Empfehlungen« des Rates an den betreffenden Mitgliedstaat, die der Rat veröffentlichen kann. Die Anordnung weitergehender Sanktionen wie etwa die Auferlegung einer verzinslichen Einlage oder die Verhängung einer Geldbuße (vgl. Art. 3 VO (EU) Nr. 1174/2011) ist somit nicht von einer primärrechtlichen Rechtsgrundlage abgedeckt; soll an diesem Sanktionsmodell festgehalten werden, ist folglich eine

Änderung von Art. 121 AEUV zwingend erforderlich.⁵⁴ Damit ist auch die Verhängung von Sanktionen für den Fall unzulässig, dass ein Mitgliedstaat nicht seine Lohnpolitik entsprechend den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Union ausgerichtet hat.

b) Verstoß gegen Art. 153 Abs. 5 AEUV

Soweit die Wirtschaftssteuerung der Union oder des ESM auf die Lohnpolitik in einzelnen Mitgliedstaaten Einfluss zu nehmen sucht, wie dies im portugiesischen Fall im Hinblick auf den gesetzlichen Mindestlohn geschehen ist, ergeben sich Zweifel darüber hinaus aus der negativen Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 5 AEUV. Danach sind das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht sowie das Arbeitskampfrecht ausdrücklich von der Zuständigkeit der Union für eine Harmonisierung ausgenommen. Eine einheitliche Lohnpolitik der Union soll somit nach derzeitigem Stand der Verträge ausgeschlossen sein.

Zwar verbietet die Vorschrift ihrem Wortlaut nach lediglich eine Harmonisierung auf diesen Gebieten, während es bei den länderspezifischen »Empfehlungen« zur Lohnpolitik im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten nach Art. 121 AEUV und den Auflagen in Memoranda of Understanding um besondere »Regelungen« für einzelne Mitgliedstaaten geht. Diesen »Empfehlungen« liegt indessen ein lohnpolitisches Modell der Union oder einzelner ihrer Organe zugrunde, das nach den Vorstellungen der Unionsorgane möglichst in allen Mitgliedstaaten durchgesetzt werden soll: Auch mit den Instrumenten der Wirtschaftssteuerung der Union wie den sanktionsbewehrten länderspezifischen Empfehlungen im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik soll somit in gewisser Weise eine Harmonisierung herbeigeführt werden, wenn auch jenseits der klassischen Formen der Harmonisierung, wie sie in den Verträgen vorgesehen sind. Eine solche »kalte« Harmonisierung der Lohnpolitik auf europäischer Ebene stellt aber eine Umgehung von Art. 153 Abs. 5 AEUV dar.

Die Durchsetzung einer bestimmten Lohnpolitik oder von Reformen nationaler Regeln oder Gepflogenheiten der

⁵² EuGH, 27.11.2012 – C-370/12 – NJW 2013, 29 ff. (*Thomas Pringle/Government of Ireland*).

⁵³ Ebenso *Weber* (Fn. 4), 935, 936; *Bast/Rödl* (Fn. 4), 269, 270 ff.

⁵⁴ So auch *Weber* (Fn. 4), 935, 936.

Lohnbildung durch die Union ist deshalb grundsätzlich nicht mit Art. 153 Abs. 5 AEUV vereinbar. Im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik nach Art. 121 AEUV dürfen deshalb auch aufgrund von Art. 153 Abs. 5 AEUV keine länderspezifische Empfehlungen vom Rat verabschiedet und mit Sanktionen durchgesetzt werden, die den Bereich der Lohnpolitik betreffen (zB. Empfehlung einer dezentralisierten Lohnpolitik oder Vorgaben für die staatliche Mindestlohnpolitik eines Mitgliedstaates). Dasselbe gilt aber auch für die Kommission und EZB als Mitglieder der »Troika«, wenn sie zusammen mit dem IWF mit einzelnen Krisenstaaten ein Memorandum of Understanding aushandeln, das auch eine bestimmte Lohnpolitik vorschreibt; insoweit sei auf das Beispiel von Portugal verwiesen (oben III.).

2. Grundrechte der Arbeitnehmer als Grenze

Inhaltliche Grenzen sind den mit einer Koordinierung der Wirtschaftspolitik oder einer Mitwirkung von Kommission und EZB im ESM verbundenen Eingriffen in nationale Arbeitsrechtsordnungen vor allem durch die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte gezogen. Wesentlicher Anknüpfungspunkt sind insofern vor allem die Grundrechte, wie sie in der Charta der Grundrechte der EU (EGRC) garantiert sind (a), nach dem Beitritt der EU zur EMRK aber auch die Grundrechte der EMRK (b).

a) Die Charta der Grundrechte der EU

Die EGRC gewährleistet in ihrem Abschnitt »Solidarität« eine Reihe sozialer Grundrechte, die aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EUV bindendes Unionsrecht im Range von Primärrecht sind. Länderspezifische Empfehlungen mit arbeitsrechtlichem Bezug sowie die mit Krisenstaaten ausgehandelten Memoranda of Understanding können neben dem Recht auf Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen (Art. 28 EGRC) insbesondere auch das Recht auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30 EGRC), das Recht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31 EGRC) sowie das Recht auf Zugang zu Gesundheitsschutz (Art. 35 EGRC) beeinträchtigen.

Nach Art. 51 Abs. 1 EGRC gilt die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Soweit es um nationale Umsetzungsmaßnahmen der in

Memoranda of Understanding mit der »Troika« festgelegten Reformen geht, hat der EuGH jedoch vergangenes Jahr in der Rechtssache *Sindicato Bancário do Norte* dem Vorabentscheidungsersuchen eines portugiesischen Gerichts mit dem Ziel, ein nationales Gesetz zur Umsetzung des Memorandum of Understanding auf seine Vereinbarkeit mit Grundrechten der EGRC – insbesondere mit dem Gleichheitssatz (Art. 21 EGRC) und dem Recht auf angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31 EGRC) –, überprüfen zu lassen, eine grundsätzliche Absage erteilt.⁵⁵ Der Gerichtshof wies das Ersuchen wegen Unzuständigkeit zurück, da die streitgegenständlichen Vorschriften des portugiesischen Haushaltsgesetzes nicht der Durchführung von Unionsrecht (Art. 51 Abs. 1 S. 1 EGRC) dienen. Eine Anrufung des EuGH durch nationale Gerichte dürfte in diesen Konstellationen somit wenig Aussicht auf Erfolg haben.

Kommission und Rat sind hingegen als Unionsorgane bei der Ausarbeitung und Verabschiedung von länderspezifischen Empfehlungen nach der VO (EU) Nr. 1176/2011 grundsätzlich an die Grundrechte der Charta gebunden. Ebenso müssen Kommission und EZB als Mitglieder der »Troika« bei der Aushandlung von Memoranda of Understanding mit Krisenstaaten, die Leistungen des ESM in Anspruch nehmen möchten, die Grundrechte der Charta respektieren. Die Tatsache, dass die beiden Organe der Union im Rahmen des ESM für eine Einrichtung tätig werden, die außerhalb des Unionsrechts steht und auf völkervertraglicher Grundlage beruht, widerspricht dem nicht: Denn die Union kann ihre Grundrechtsbindung nicht durch eine »Organleihe« an außerhalb der Union stehende Institutionen abstreifen.⁵⁶ Ebenso wenig steht der Bindung der EZB an die Charta entgegen, dass sie eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (vgl. Art. 282 Abs. 3 S. 1 AEUV), denn die EZB gehört nach Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 EUV zu den Organen der Union.⁵⁷

Auch können sowohl länderspezifischen Empfehlungen nach der VO (EU) Nr. 1176/2011 als auch die in Memoranda

⁵⁵ EuGH, 7.3.2013 – C-128/12. Der Beschluss der 6. Kammer des Gerichtshofes hatte das Haushaltsgesetz für 2011 v. 31.12.2010 [Lei n.º 55-A/2010, Lei do Orçamento de Estado para 2011] zum Gegenstand, das in seinem streitgegenständlichen Teil eine erhebliche Senkung der Arbeitsentgelte von Bediensteten des öffentlichen Dienstes vorsah.

⁵⁶ So auch die Stellungnahme der Generalanwältin *Kokott* v. 26.10.2012, C-370/12, Rn. 176 im Hinblick auf das Handeln der Kommission im Rahmen des ESM; ebenso *Fischer-Lescano*, Austeritätspolitik und Menschenrechte: Rechtspflichten der Unionsorgane beim Abschluss von Memoranda of Understanding, Rechtsgutachten im Auftrag der Kammer für Arbeiter/innen und Angestellte Wien, Bremen 2014 (nv.), 10.

⁵⁷ Statt vieler *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl., München 2013, Art. 51, Rn. 5.

da of Understanding festgelegten Reformmaßnahmen Eingriffscharakter besitzen.⁵⁸ Für die länderspezifischen Empfehlungen ergibt sich dies aus den Sanktionen, die in der VO (EU) Nr. 1174/2011 für den Fall der Nichtbefolgung der Empfehlungen vorgesehen sind. Im Hinblick auf die Memoranda of Understanding mögen die Dinge prima facie anders liegen, da eine Beschwer für die Arbeitnehmer erst durch die nationalen Umsetzungsmaßnahmen entsteht und nicht bereits durch die in einem Memorandum of Understanding festgelegten Reformmaßnahmen. Daraus lässt sich indessen nicht der Schluss ziehen, die Memoranda seien im Hinblick auf die Charta irrelevant: Denn immerhin entfalten die Vereinbarungen von Krisenstaaten mit der »Troika« einen beträchtlichen wirtschaftlichen Druck auf Letztere, so dass diesen kein wirklicher politischer Handlungsspielraum mehr verbleibt; ohne die Ausreichung der begehrten Kredite würde für die betroffenen Staaten Insolvenz eintreten. Von einer »freiwilligen Verhaltenskoordinierung« kann in diesen Fällen daher keine Rede sein.⁵⁹ Solche faktischen Auswirkungen auf die Politik von Mitgliedstaaten reichen aber für die Annahme einer Grundrechtsbeeinträchtigung aus.

Hervorgehoben sei an dieser Stelle wegen seiner besonderen Bedeutung im Zusammenhang mit den Reformen in Portugal das in Art. 28 EGRC gewährleistete Grundrecht auf Kollektivverhandlungen. So bewirkt etwa die Umsetzung der im Memorandum of Understanding mit Portugal enthaltene Empfehlung einer »organisierten Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen von der Branchenebene auf die Ebene des Unternehmens oder Betriebs einen tiefgreifenden Eingriff in die gewachsenen Strukturen kollektiver Arbeitsbeziehungen. Durch eine solche Dezentralisierung der Verhandlungsebenen kann langfristig ein erheblicher »Flurschaden« für das System der Kollektivverhandlungen in den betroffenen Ländern herbeigeführt werden, der nicht mehr wieder gut zu machen ist.

In zweifacher Hinsicht kann das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen als Grenze solcher Reformmaßnahmen Bedeutung entfalten. So schützt Art. 28 EGRC dieses Grundrecht »nach [...] den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten« und hebt somit den im nationalen Recht der Mitgliedstaaten verankerten Schutz dieses Grundrechts auf die Unionsebene.⁶⁰ Nimmt man den Fall Portugals in den Blick, hat diese Gewährleistungsebene bislang aber keine Relevanz erlangt. Auch wenn das Verfassungsgericht namentlich die gesetzlichen Eingriffe in die Kollektivverträge des öffentlichen Dienstes als verfassungswidrig ansieht,

ist doch diese Entscheidung nicht auf das in der portugiesischen Verfassung garantierte Grundrecht auf Kollektivverhandlungen, sondern auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt worden.⁶¹ Zum anderen ist das Grundrecht auf Kollektivverhandlungen aber »nach dem Unionsrecht« gewährleistet. Insoweit fehlt es zwar wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV an einem gesetzlichen Rahmen für Kollektivverhandlungen auf der Unionsebene. Sein Inhalt ergibt sich aber maßgeblich aus den zu Art. 11 EMRK entwickelten Grundsätzen: Dies folgt aus Art. 52 Abs. 3 S. 1 EGRC, wonach Grundrechte der Charta, die Grundrechten der EMRK entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird;⁶² dass Art. 28 EGRC auch durch Art. 11 EMRK inspiriert ist, lässt sich den Erläuterungen zu Art. 28 EGRC entnehmen. Geht man von der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK aus, kann durchaus zweifelhaft sein, ob beispielsweise die Erzwingung einer »organisierten Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen in einem Mitgliedstaat durch Organe der EU mit Art. 11 EMRK vereinbar ist.⁶³

Befindet man sich im Anwendungsbereich der VO (EU) Nr. 1176/2011 über die Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, ist das Bestreben des Unionsgesetzgebers nicht zu übersehen, das Spannungsverhältnis zwischen Koordinierung der Wirtschaftspolitik und den nationalen Systemen der Kollektivverhandlungen möglichst im Sinne Letzterer aufzulösen. So ordnet Art. 1 Abs. 3 S. 1 VO (EU) Nr. 1176/2011 an, dass die vom Rat gegenüber einzelnen Mitgliedstaaten ausgesprochenen »Empfehlungen« »die nationalen Gepflogenheiten und Einrichtungen für die Lohnbildung [beachten]«. Darüber hinaus ist bei der von der Kommission im Rahmen dieses Verfahrens vorzunehmenden Überprüfung der Wirtschaftsdaten der Mitgliedstaaten »den nationalen Besonderheiten in Bezug auf die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und dem sozialen Dialog Rechnung [zu tragen]« (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 S. 2 VO (EU) Nr. 1176/2011). Ferner statuiert Art. 1 Abs. 3

⁵⁸ Eingehend zu dieser Frage *Fischer-Lescano* (Fn. 56), 32 ff.

⁵⁹ Ebenso *Fischer-Lescano* (Fn. 56), 35.

⁶⁰ Zu dieser »Scharnierfunktion« von Art. 28 EGRC siehe insbesondere *Thüsing/Traut*, RdA 2012, 65, 68 und 70.

⁶¹ Tribunal Constitucional da República portuguesa, 5.4.2013 – Az: 187/2013.

⁶² So auch *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen – Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2008, 133 ff.

⁶³ Dazu unten b).

S. 2 VO (EU) Nr. 1176/2011, dass die VO Art. 28 EGRC »berücksichtigt« und dementsprechend nicht das Recht [beeinträchtigt], gemäß den nationalen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen oder durchzusetzen oder kollektive Maßnahmen zu ergreifen« (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 VO (EU) Nr. 1176/2011). Um zu verhindern, dass diese vollmundigen Erklärungen des Unionsgesetzgebers zu reinen »Programmsätzen« degenerieren, wäre zu überlegen, den Schutz des Grundrechts aus Art. 28 EGRC verfahrensförmig abzusichern. Denkbar wäre in diesem Zusammenhang beispielsweise, eine Pflicht zur Einholung einer Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses (Art. 301 ff. AEUV) oder der Europäischen Sozialpartner (Art. 154 AEUV) anzuordnen.

b) Die Europäische Menschenrechtskonvention

Auch die Grundrechte der EMRK dürften zunehmend als Grenze für die Ergreifung von Krisenbewältigungsmaßnahmen wie denjenigen in Portugal oder Griechenland an Bedeutung gewinnen. Dass die betreffenden Staaten als Unterzeichnerstaaten an die EMRK gebunden sind und bei der Umsetzung der mit der »Troika« ausgehandelten Memoranda of Understanding deren Grundrechte zu respektieren haben, steht außer Frage. Mit dem bevorstehenden Beitritt der EU zur EMRK, auf den die Union nach Art. 6 Abs. 2 EUV hinzuwirken hat, erlangt aber auch das Konventionsrecht für die EU umfassend Geltung: Sämtliche Akte der Union müssen dann auch mit den Grundrechten der EMRK in Einklang stehen und Verletzungen derselben können im Wege der Individualbeschwerde vor dem EGMR gerügt werden. Konkret heißt dies, dass auch die Kommission sowie die EZB als Organe der Union den grundrechtlichen Mindeststandard der EMRK zu beachten haben, wenn sie im Rahmen des ESM einzelnen Krisenstaaten in Memoranda of Understanding Reformprogramme auferlegen. Dabei ist es ebenso wie bei der EGRC grundsätzlich ohne Bedeutung, dass diese beiden Unionsorgane außerhalb der EU, nämlich für eine durch Völkerrecht geschaffene Einrichtung, tätig sind, wenn sie als Teil der »Troika« agieren.

Von den Grundrechten der EMRK dürfte vorliegend in erster Linie die in deren Art. 11 gewährleistete Vereinigungsfreiheit von Interesse sein. Seit der Entscheidung der Großen Kammer des EGMR vom 12.11.2008 in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* steht fest, dass dieses Grundrecht auch das Recht auf Kollektivverhandlungen einschließt.⁶⁴

Der Gerichtshof in Straßburg hatte bislang noch wenig Gelegenheit, dieser erst seit kurzem in seiner Rechtsprechung anerkannten Gewährleistungsdimension konkrete Konturen und Umrisse zu verleihen. Ob beispielsweise der Oktroi einer »organisierten Dezentralisierung« der Kollektivverhandlungen, wie er sich im Memorandum of Understanding mit Portugal, aber auch mit Griechenland findet, oder die ebenfalls auf diese Memoranda zurückgehenden Eingriffe in geltende Tarifverträge des öffentlichen Dienstes mit Art. 11 EMRK (noch) vereinbar sind, lässt sich deshalb nicht mit Sicherheit sagen. Geht man aber von der Methode des EGMR aus, die er seiner Rechtserkenntnis im Verfahren *Demir & Baykara/Türkei* zugrunde gelegt hat, wonach die Konvention als lebendiges Instrument auch im Lichte anderer Instrumente des internationalen Rechts auszulegen sei, soweit diese miteinander übereinstimmen,⁶⁵ ist es nicht unwahrscheinlich, dass der Gerichtshof diese Eingriffe in das System der Kollektivverhandlungen als Verstöße gegen Art. 11 EMRK ansehen wird.⁶⁶ Denn die Überwachungsorgane der IAO haben inzwischen klargestellt, dass Eingriffe in geltende Kollektivverträge grundsätzlich als Verletzungen von Art. 4 Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (1949) anzusehen sind; Entsprechendes gilt auch für die erzwungene Verlagerung von Regelungsbefugnissen der Kollektivvertragsparteien auf nichtgewerkschaftliche kollektive Akteure auf Arbeitnehmerseite wie Betriebsräte.⁶⁷

c) Europäische Sozialcharta

Eine strikte Bindung der Union und ihrer Organe an die Grundrechte der Europäischen Sozialcharta (ESC) besteht nicht. Weder hat die EU die ESC ratifiziert noch besteht ein Art. 6 Abs. 2 EUV vergleichbarer Auftrag der Union, sie zu ratifizieren. Die für die ESC bestehenden Kontrollverfahren gelten somit nicht für die EU als solche. Dies heißt freilich nicht, dass die ESC ohne jede Bedeutung für das Unionsrecht ist. Immerhin verfolgen die Union und ihre Mitgliedstaaten

⁶⁴ EGMR, 12.11.2008 – Az.: 34503/97 – NZA 2010, 1425 ff. (*Demir und Baykara/Türkei*).

⁶⁵ Ausführlich zum methodischen Vorgehen des EGMR in der Rechtssache *Demir & Baykara/Türkei* siehe Seifert, KritV 2009, 357 ff. mwN.

⁶⁶ In diesem Sinne wohl auch Ewing, FS Lörcher, Baden-Baden 2013, 361, 364 f.

⁶⁷ Dazu näher unten V. 2. mwN.

ihre Sozialpolitik »eingedenk der sozialen Grundrechte«, wie sie vor allem in der ESC festgelegt sind (Art. 151 Abs. 1 AEUV), und die Präambel des EUV hält fest, dass die Gründung der EU »in Bestätigung« der sozialen Grundrechte erfolgt, wie sie in der am 18.10.1961 unterzeichneten ESC [...] festgelegt sind«. Aus diesen Bezugnahmen kann jedoch nicht auf eine umfassende Bindung der Union an die ESC geschlossen werden. Es ist nur schwer vorstellbar, dass eine Vorschrift wie Art. 151 Abs. 1 AEUV, die lediglich programmatischen Charakter besitzt,⁶⁸ eine Art. 6 Abs. 1 oder Abs. 2 EUV vergleichbare Bindung der Union an einen gesamten Grundrechtskatalog herbeiführen soll. Diese Zweifel werden noch dadurch verstärkt, dass es sich bei der ESC um einen Katalog sozialer Grundrechte handelt, deren umfassende Geltung stets in den Mitgliedstaaten der EU aber auch in der EU selbst politisch höchst umstritten (gewesen) ist.⁶⁹ Nichts Anderes kann für die Präambel zum EUV gelten.

Die Wirkungen der ESC im Unionsrecht sind deshalb im Unterschied zur EGRC und (demnächst auch) der EMRK von verminderter Intensität. Ihre Grundrechte sind allenfalls Erkenntnisquellen bei der Herausbildung von Grundsätzen des Unionsrechts iSv. Art. 6 Abs. 3 AEUV gewesen⁷⁰ und können deshalb im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht bleiben.

V. Völkerrechtliche Grenzen

Maßnahmen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, die Mitgliedstaaten im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik oder aufgrund von Memoranda of Understanding mit der »Troika« zur Auflage gemacht werden, können darüber hinaus aber auch gegen Normen des Völkerarbeitsrechts verstoßen. Namentlich die ESC des Europarates sowie Normen der IAO können betroffen sein. Allerdings binden diese völkerrechtlichen Instrumente nicht die EU als solche – sie ist weder Mitglied der IAO noch ist sie der ESC beigetreten –, sondern grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten der EU, soweit sie diese ratifiziert haben.

1. ESC

Die vom Europarat geschaffene ESC ist bereits im Rahmen des Unionsrechts kurz angerissen worden (siehe oben IV.2.c)). Sie ist von sämtlichen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden, wenn sich auch die Ratifizierung auf unter-

schiedliche Grundrechte beziehen kann.⁷¹ Für die Überwachung der ESC ist der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte zuständig, der auf der Grundlage von Berichten der Unterzeichnerstaaten die Einhaltung der von diesen ratifizierten sozialen Grundrechte kontrolliert.⁷² Soweit Unterzeichnerstaaten der ESC auch das Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden von 1995 ratifiziert haben, können nationale sowie internationale Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen wegen Verletzungen der ESC Beschwerde erheben, die vom Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte zu entscheiden ist.⁷³

Die mit den Reformpaketen in einzelnen Krisenstaaten verbundenen arbeits-, aber auch sozialrechtlichen Reformen haben inzwischen zu einzelnen Kollektivbeschwerden von Gewerkschaften aus europäischen Krisenstaaten vor dem Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte geführt.⁷⁴ Ihre Mehrzahl ist von griechischen Gewerkschaften erhoben worden und richtet sich ganz überwiegend gegen die von der »Troika« veranlassten Reformen des Rentenrechts in Griechenland.⁷⁵ Kollektivbeschwerden aus Portugal sind derzeit noch nicht anhängig. Über die Gründe dieser Absenz kann nur spekuliert werden. Möglicherweise setzt man in Portugal noch mehr auf das nationale Verfassungsgericht, das in seinen bisherigen Entscheidungen zu den Reform-

68 So der EuGH zu Art. 117 EWGV, der Vorläufernorm des Art. 151 Abs. 1 AEUV: EuGH, 15.6.1978 – C-149/77 – Slg. 1978, 1365, Rn. 19/23 (*Defrenne/Sabena III*); aus dem Schrifttum statt vieler *Kreber*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 151, Rn. 29 mwN.

69 Dies findet seinen Ausdruck vor allem darin, dass zahlreiche Mitgliedstaaten des Europarates nicht sämtliche der in der ESC gewährleisteten Grundrechte ratifiziert haben und sich außerdem eine Reihe von Mitgliedstaaten (ua. die Bundesrepublik Deutschland) einer Ratifizierung der Revidierten ESC von 1996 bislang verweigert.

70 Dazu *Kreber*, in: Callies/Ruffert, AEUV, Art. 151, Rn. 27 mwN.

71 Nach Teil III Art. A ESC muss die Charta von den Unterzeichnerstaaten nicht in vollem Umfang ratifiziert werden. Die Ratifizierung kann sich vielmehr auf einen harten Kern sozialer Grundrechte (vgl. Teil III Art. A Nr. 1 lit. b ESC) zuzüglich einer Reihe weiterer Rechte beschränken, die in ihrer Gesamtheit mindestens 16 Artikel oder 63 Nummern beträgt (Teil III Art. A Nr. 1 lit. c ESC).

72 Zu den Einzelheiten siehe Art. 21 ff. ESC. Eingehend zum Berichtsverfahren nach der ESC *Mikkola*, *Social Human Rights of Europe*, 2010, 111 ff. mwN.

73 Die einzelnen Verfahrensvoraussetzungen sowie der Verfahrensablauf ergeben sich aus den Vorschriften des Zusatzprotokolls von 1995. Ausführlicher zum Kollektivbeschwerdeverfahren *Swiatkowski*, *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Alphen aan den Rijn 2007, 389 ff. mwN.

74 Eine Liste der anhängigen und bereits entschiedenen Kollektivbeschwerden ist abrufbar unter: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_fr.asp (27.1.2014).

75 So zB. Beschwerde-Nr. 96/2012 (Federation of Employed Pensioners of Greece [IKA-ETAM] v. Greece); Beschwerde-Nr. 65/2011 und 66/2011 (General Federation of Employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) v. Greece).

paketen bereits verschiedene gesetzliche Vorschriften für verfassungswidrig erklärt hat.

Überdies ist die Durchsetzung von Beanstandungen im Berichtssystem oder von Entscheidungen des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte im Kollektivbeschwerdeverfahren äußerst defizitär. Verstöße können lediglich zu einer Empfehlung des Ministerkomitees führen, die mit Zweidrittelmehrheit zu beschließen ist und zu deren Umsetzung der betroffene Unterzeichnerstaat einen Bericht zu erstatten hat. Die Kontrollinstrumente der ESC sind deshalb wenig effektiv und in der Auseinandersetzung um die Grundrechtskonformität der arbeitsrechtlichen Reformpakete in den Krisenstaaten wenig zielführend.

2. Das Recht der IAO

Die arbeitsrechtlichen Reformen, die Krisenstaaten wie Portugal von der »Troika« abverlangt werden, können auch mit Blick auf das Recht der IAO problematisch sein. Namentlich die zum Teil erheblichen Eingriffe in das System der Kollektivverhandlungen dieser Länder werfen die Frage auf, ob diese nationalen Maßnahmen, die als Vorgaben der »Troika« umgesetzt werden mussten, um in den Genuss von Hilfsprogrammen des EFSF, EFSM oder ESM zu kommen, mit der im Recht der IAO grundrechtlichen Status besitzenden Vereinigungsfreiheit zu vereinbaren sind.

So gaben die auf die »Troika« zurückzuführenden Reformen des griechischen Arbeitsrechts dazu Anlass, dass sich die Überwachungsorgane der IAO mit den Entwicklungen näher beschäftigten. Im Rahmen der regulären Kontrolle der Normen der IAO durch das Berichtssystem schlug der Sachverständigenausschuss für die Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen vor, eine High Level Group nach Griechenland zu entsenden, um die dortigen Entwicklungen näher zu untersuchen. Die High Level Group unter dem Vorsitz des Generaldirektors der IAO Guy Ryder legte im September 2011 ihren ausführlichen Bericht vor, der sich kritisch mit der Situation in Griechenland auseinandersetzte und die Einhaltung internationaler Arbeitsstandards anmahnte.⁷⁶ Vergleichbare High Level Groups der IAO für andere Krisenstaaten des Euroraumes hat es bislang noch nicht gegeben.

Darüber hinaus hat der Sachverständigenausschuss in seinem Jahresbericht von 2012 zu der Situation in einzelnen Krisenstaaten wie Griechenland kritisch Stellung genommen. Auch der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit⁷⁷ wurde

mit den Vorgängen in Griechenland befasst. Im Fall Nr. 2820 hatte der Ausschuss aufgrund einer Beschwerde des IGB und eines griechischen Gewerkschaftsbundes im Kern zu prüfen, ob bestimmte Maßnahmen des griechischen Reformpakets mit der Vereinigungsfreiheit vereinbar sind.⁷⁸ Der im November 2012 vorgelegte Bericht des Ausschusses greift im Wesentlichen noch einmal die Kritik der High Level Group auf, gibt jedoch keine konkreten Empfehlungen ab, sondern verlangt von der griechischen Regierung, über die weitere Entwicklung informiert zu werden. Allerdings macht der Ausschuss deutlich, dass Eingriffe in geltende Kollektivverträge grundsätzlich nicht mit dem Übereinkommen Nr. 98 vereinbar sind und allenfalls in Ausnahmefällen zeitlich befristet zulässig sein können. Auch betrachtet er die von der »Troika« aufgezwungene Dezentralisierung der Kollektivverhandlungen und Zulassung von Verhandlungen auf Unternehmens- oder Betriebsebene mit nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmervertretern als grundsätzlich problematisch im Hinblick auf die Vereinigungsfreiheit. Obwohl sich für die portugiesischen Reformpakete der letzten Jahre die Probleme im Hinblick auf die Vereinigungsfreiheit in ähnlicher Weise wie in Griechenland stellen, wurde der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit noch nicht wegen der dortigen Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit angerufen.

Allerdings sind die Berichte der Überwachungsorgane der IAO zu Griechenland bislang ohne Folgen geblieben. Dies mag auch an den weitgehend wirkungslosen Sanktionsinstrumenten liegen, über welche die IAO verfügt.

VI. Schluss

Die Wirtschafts- und Finanzkrise hat zu einer Stärkung der Instrumente einer Wirtschaftssteuerung durch die

⁷⁶ Der Bericht ist abrufbar unter: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/missionreport/wcms_170433.pdf (27.1.2014).

⁷⁷ Bei dem Ausschuss für Vereinigungsfreiheit handelt es sich nicht um ein in der IAO-Verfassung verankertes Organ, sondern um einen Ausschuss des Verwaltungsrates der IAO, der in den 1950er Jahren errichtet wurde und vor dem die Verletzung des Grundsatzes der Vereinigungsfreiheit sowie des Rechts auf Kollektivverhandlungen gerügt werden kann. Antragsberechtigt sind neben den Mitgliedstaaten der IAO auch nationale und internationale Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände. Zu dem Ausschuss im Überblick *Servais*, International Labour Law, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2011, Rn. 1001 ff. mwN.

⁷⁸ Freedom of Association Committee, Report No 365, abrufbar unter: http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB316/ins/WCMS_193260/lang-en/index.htm (27.1.2014).

Union geführt. Neben einer Straffung des Verfahrens zur Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, die auf das sog. »Sixpack« von 2011 zurückgeht, ist mit der Errichtung des ESM die Einführung eines besonderen Krisenbewältigungsmechanismus für den Euroraum erfolgt. Beide Verfahren beschränken sich in ihrer Einflussnahme der Union oder einzelner ihrer Organe (namentlich Kommission und EZB) nicht nur auf wirtschaftspolitische Fragen im engeren Sinne, sondern greifen bei ihren Reformempfehlungen, die sich an die Mitgliedstaaten oder beim ESM an Krisenstaaten richten, auch auf die Sozialpolitik in den betroffenen Mitgliedstaaten aus und beziehen damit auch die Umgestaltung von nationalen Arbeitsrechtsordnungen ein. Wie weit diese Einflussnahme gehen kann, zeigt in anschaulicher Weise der Fall Portugal. Das zwischen der »Troika« und der portugiesischen Regierung ausgehandelte Memorandum of Understanding von 2011 erlegt Portugal auch und gerade im Arbeitsrecht tiefgreifende Reformen auf. Neben einem Einfrieren des gesetzlichen Mindestlohns umfasst dieses Reformprogramm auch eine Aufweichung des Kündigungsschutzes sowie Strukturreformen im System der Kollektivverhandlungen; gerade Letztere dürfte das Gesicht der portugiesischen Arbeitsverfassung am nachhaltigsten verändern, indem an die Stelle branchenbezogener Vereinbarungen zunehmend betriebliche oder unternehmensbezogene Regelungen zwischen Arbeitgebern und Arbeiterkommissionen treten.

Die im Rahmen der Wirtschaftssteuerung der Union erfolgende Einflussnahme auf das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten hat die Grenzen des Unionsrechts zu respektieren. Dies gilt auch und gerade für die »Leihe« einzelner Organe der Union an den ESM: Kommission und EZB als Mitglieder der »Troika« können nicht ihre unionsrechtlichen Bindungen dadurch abstreifen, dass sie für den auf völkerrechtlicher Grundlage arbeitenden ESM tätig werden. Unionsrechtliche Grenzen können sich in diesem Zusammenhang zum einen aus der in den Verträgen festgelegten Zuständigkeitsordnung ergeben: So kann die Union im Rahmen der Koordinierung der Wirtschaftspolitik nach Art. 121 AEUV keine Zuständigkeit für sich in Anspruch nehmen, Sanktionen wie die Verhängung von Geldbußen für den Fall zu verhängen, dass Mitgliedstaaten den länderspezifischen Empfehlungen nicht nachkommen; die VO (EU) Nr. 1174/2011 sprengt insoweit die der Union aufgrund von Art. 121 Abs. 4 AEUV zustehenden Kom-

petenzen. Darüber hinaus ist eine Einflussnahme auf die Lohnpolitik in den Mitgliedstaaten, wie sie etwa in dem Memorandum of Understanding zwischen Portugal und der »Troika« vorgesehen ist, mit Blick auf die Ausschlussnorm des Art. 153 Abs. 5 AEUV grundsätzlich unzulässig; dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Einflussnahme nicht nur auf Empfehlungen beschränkt, sondern im Fall des ESM mithilfe wirtschaftlichen Druckes gegenüber den betroffenen Mitgliedstaaten auch durchgesetzt wird.

Die mit der Wirtschaftssteuerung der Union verbundene Einflussnahme auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten kann auch völkerrechtliche Grenzen überschreiten. Namentlich die Grundrechte der ESC sowie das Recht der IAO geben insoweit den maßgeblichen Rechtsrahmen vor. Allerdings ist die Union weder an die ESC noch an das Recht der IAO unmittelbar gebunden, da sie beide nicht ratifiziert hat und dies nach derzeit geltendem Recht auch nicht kann. Gleichwohl sind diese sich aus dem Völkerarbeitsrecht ergebenden Grenzen einer Wirtschaftssteuerung der Union deshalb nicht ohne Bedeutung. Immerhin bieten sie für die betroffenen Staaten oder deren Gewerkschaften Verfahren, um einzelne Reformmaßnahmen, die beispielsweise von der »Troika« vorgegeben werden, auf ihre Vereinbarkeit mit völkerarbeitsrechtlichen Normen überprüfen zu lassen. Dies ist namentlich im Falle von Griechenland wiederholt geschehen: So haben sich griechische Gewerkschaften bereits mehrfach der Kollektivbeschwerde bedient, um Verstöße von griechischen Reformen des Arbeitsrechts, die nach den Vorgaben der »Troika« durchgeführt wurden, gegen Grundrechte der ESC zu rügen. Auch haben die Überwachungsorgane der IAO die Vereinbarkeit griechischer Reformmaßnahmen mit zentralen Übereinkommen der IAO kontrolliert und ihre Besorgnis über die Entwicklung in Griechenland zum Ausdruck gebracht. Die Effektivität dieser auf Völkerrecht beruhenden Kontrollverfahren ist sicherlich begrenzt. Gleichwohl ist ihre Durchführung nicht zwecklos: Sie schafft immerhin ein Forum, um mit der Autorität unabhängiger Kontrollgremien die Öffentlichkeit auf Fehlentwicklungen aufmerksam zu machen und kann deshalb dazu beitragen, die neuen Formen einer Wirtschaftssteuerung, welche die EU in den letzten Jahren geschaffen hat und die in nicht wenigen Fällen eine Verletzung von Arbeitnehmergrundrechten nach sich ziehen können, zu bändigen und ihre Bindung an geltende arbeitsrechtliche Regeln zu verstärken.

Das Verbot der parteipolitischen Betätigung – Zur Auslegung des § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG¹

Dissertation von Tim Husemann, 2013, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 307 S. (ISBN 978-3-8487-0592-4), 79,- €, erschienen als Band 132 der Reihe Arbeits- und Sozialrecht

Allenthalben ist eine Krise des Politischen spürbar. Eine zunehmende Spaltung zwischen (Partei-)Politikern und der Zivilgesellschaft wird beklagt. Das Wort »Parteipolitik« hat keinen guten Klang. Wie heißt es herabwürdigend in der öffentlichen Diskussion: Das ist doch bloße Parteipolitik ... Und leider gibt es genügend Beispiele für die Steigerungsform: »Freund – Feind – Parteifreund«.

In dieses Grundklima erscheint im Jahre 2013 eine arbeitsrechtliche Doktorschrift mit dem erschreckenden Titel: »Das Verbot der parteipolitischen Betätigung«! Der Leser ist verwundert: Ist es jetzt soweit gekommen, dass Parteipolitik verboten wird? Nur der Untertitel verrät dem Kundigen, dass es um die Auslegung einer Vorschrift des Betriebsverfassungsrechts geht. Die Vorschrift lautet: »Arbeitgeber und Betriebsrat haben Betätigungen zu unterlassen, durch die der Arbeitsablauf oder der Frieden des Betriebs beeinträchtigt werden. Sie haben jede parteipolitische Betätigung im Betrieb zu unterlassen; die Behandlung von Angelegenheiten tarifpolitischer, sozialpolitischer, umweltpolitischer und wirtschaftlicher Art, die den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen, wird hierdurch nicht berührt.«

So ganz gegen den aktuellen Zeitgeist hat sich der Bochumer Doktorand *Tim Husemann* sine ira et studio der merkwürdig erscheinenden Vorschrift angenommen, einer Vorschrift, die eben die Vorbehalte gegen Parteipolitik oder überhaupt gegen politische Auseinandersetzung zu bestätigen scheint.

Da stellt sich die Frage, ob der Begriff Parteipolitik überhaupt ein geeigneter Gesetzesbegriff ist. Was soll Parteipolitik sein? Gibt es überhaupt irgendein politisches Thema, das nicht auch zugleich ein parteipolitisches ist? Gibt es einen Unterschied zwischen dem Politischen und Parteipolitischen? Gibt es irgendein politisches Thema, dessen sich die Parteipolitik nicht annimmt? Wenn tarifpolitische, sozialpolitische, umweltpolitische und Themen wirtschaftlicher Art, die den Betrieb oder seine Arbeitnehmer unmittelbar betreffen, erlaubt sind, was ist dann unerlaubt? Sind

Rauchverbote, Altersarmut und gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft, um einige Aufreger dieser Zeit zu nennen, nicht auch umweltpolitische oder sozialpolitische Themen? Worin liegt der Zweck und der Kern der Abgrenzung zwischen Politik und Parteipolitik?

Merkwürdig. Distanziert sich der Gesetzgeber, und das ist das eigentlich Verwunderliche, mit dem Wort Parteipolitik von eben derselben, obwohl es doch Parteipolitiker sind, die das Verbot der Parteipolitik in § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG hineingebracht haben? Was für ein schizophrones Modell, dass der Parteipolitiker sein Geschäft als so niederträchtig und betriebsstörend erachtet, dass Parteipolitik aus dem Betrieb verbannt werden müsste? Was ist mit der Negativeinordnung der Parteipolitik verbunden: Agitation, Aggressivität, Unfriede, Störung des Normalen?

Es scheint, als sei das Verbot parteipolitischer Betätigung im Betrieb, das in das BetrVG 1952 (§ 51 S. 2) Eingang fand, gespeist durch die negativen Erfahrungen mit demokratiefeindlichen Parteien, deren Einfluss die bürgerlichen Parteien in Deutschland zurückdrängen wollten. Betrachtet man das schreckliche Kapitel der NSDAP und im Osten Deutschlands die sozialistische Einheitspartei Deutschlands (SED), scheinen den Akteuren bei dem Verbot der parteipolitischen Betätigung vielleicht antidemokratische Tendenzen vor Augen gestanden zu haben. War der Zeitgeist im Jahre 1952 so, dass man die Nase von Politischem voll hatte? Hatte man die Instrumentalisierung der Betriebe für die Politik der Sozialisten und der Nationalsozialisten satt?

Husemanns Werk ist allein deshalb wichtig, weil er die Historie der Entstehung der Norm minutiös nachzeichnet. Schon aus der Konzeption des Betriebsrätegesetzes von 1920, das die Aufgaben des Betriebsrats auf die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber beschränkte, folgert *Husemann*, dass damit von vornherein die Vertretung politischer Interessen durch die Betriebsräte verboten sein sollte. Nach der Konzeption des Gesetzes schlossen sich die Sicherung des Betriebsfriedens und die politische Betätigung des Betriebsrates aus. Diese Grundlage fand unter den Nationalsozialisten ein jähes Ende. Die Nationalsozialisten politisierten Betrieb und Wirtschaft. Es galt das Führerprinzip. Arbeit erfolgte vor allem im Dienste an Volk und Staat. Mit der Etablierung des Reichstreuhanders wurde das Führer-

¹ Laudatio auf den Träger des Hugo-Sinzheimer-Preises 2013.

prinzip im Betrieb unterstützt und die unmittelbare Anbindung an die Parteipolitik in die Betriebe getragen: Die NSDAP gestaltete das Arbeitsleben mit und nahm unmittelbaren parteipolitischen Einfluss auf der Basis des Führerprinzips.

In der Literatur wurde daraufhin die Auffassung vertreten, dass das Verbot der parteipolitischen Betätigung 1952 auch deshalb geregelt worden sei, um eine erneute Perversion des Arbeitsrechts durch politische Einflüsse auf den Betrieb zu verhindern.² *Husemann* bezieht gegen diese Position zutreffend Stellung. Es seien nicht die Arbeitgeber und Betriebsräte gewesen, die den Betrieb parteipolitisch instrumentalisiert hätten. Vielmehr waren es Maßnahmen des nationalsozialistisch geführten Staates, die die Betriebe politisch in die Pflicht nahmen. Kritische politische Diskussionen waren von den Nationalsozialisten nicht gewünscht. Vielmehr mussten Arbeitnehmer, die differenzierende politische Äußerungen machten, mit arbeits- und strafrechtlichen Maßnahmen rechnen. Damit will *Husemann* nicht für eine Befeurung der politischen Diskussion im Betrieb werben. Allerdings widersetzt er sich der von manchen geäußerten Auffassung, die Verwirrungen in der Zeit des Nationalsozialismus müssten zur Konsequenz haben, Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor kontroversen parteipolitischen Diskussionen zu schützen. Schließlich waren es weder Arbeitgeber noch die Betriebsräte (die im Übrigen durch die Nazis abgeschafft wurden!), die das Arbeitsrecht und den Betrieb parteipolitisch instrumentalisiert haben.

Das bayerische Betriebsrätegesetz enthielt erstmals die durchaus begrenzt formulierte Norm, dass sich der Betriebsrat »in seiner Amtsführung jeder parteipolitischen Werbung oder Tätigkeit zu enthalten« habe. Den Debatten um die Einführung des Verbots der parteipolitischen Betätigung in das neu zu schaffende BetrVG 1952 kann entnommen werden, dass der Aspekt der Sicherung des Betriebsfriedens sowohl bei CDU als auch SPD im Vordergrund der Überlegungen stand.

Das betriebsverfassungsrechtliche Verbot parteipolitischer Betätigung wurde anlässlich der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 erneut diskutiert. *Willy Brandt* war mit seiner Regierung mit dem Anspruch angetreten, mehr Demokratie zu wagen. Dazu schien ein Verbot parteipolitischer Betätigung nicht zu passen, weshalb im Referentenentwurf ein solches Verbot nicht mehr enthalten war. Die CDU plädierte für die Beibehaltung des Verbots par-

teipolitischer Betätigung von Arbeitgeber und Betriebsrat. Sie wurde im Ergebnis insbesondere durch Sachverständige und Debattenredner aus dem gewerkschaftlichen Raum unterstützt. Man wollte den Betrieb nicht zum Tummelplatz politischer Auseinandersetzungen machen. *Husemann* arbeitet heraus, dass nahezu alle Sachverständigen deutlich zwischen parteipolitischer und politischer Betätigung differenzierten. Insbesondere ging es darum, die Werbung für eine bestimmte Partei zu unterbinden. Schlussendlich habe das Betriebsfriedensargument den Ausschlag gegeben. Im Interesse des Betriebsfriedens und der Zusammenarbeit im Betrieb sei es vorzuziehen, die parteipolitische Betätigung zu verbieten.

Soweit so gut. Doch hatte die Politik die Rechnung ohne die Rechtsprechung gemacht. Die ersten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum BetrVG 1952 hatten noch eine eindeutige Nähe zum Verbot der Agitation mit parteipolitischem Inhalt. Es ging um Wahlaufufe und Agitationen der KPD³ und ein Telegramm eines Betriebsratsvorsitzenden an die hessische Landesregierung, in dem er namens der Belegschaft gegen einen Stahlhelm-Aufmarsch protestierte.⁴

Schon in diesen Entscheidungen ist eine ausweitende Interpretation des Begriffs Parteipolitik festzustellen. Fragen der allgemeinen Politik, nicht etwa nur parteipolitische Fragen, dürften auf einer Betriebsversammlung grundsätzlich nicht behandelt werden, hieß es in der Entscheidung vom 4.5.1955. Am 21.2.1978⁵ interpretierte das BAG das Verbot sogar so weit, dass es nicht nur die politische Betätigung eines Betriebsratsmitglieds, sondern sogar eine solche, die nur vor den Betriebstoren stattfand, ausreichen ließ, den Ausschluss aus dem Betriebsrat zu rechtfertigen. Es ging um ein Flugblatt, das sich kritisch mit einer Versammlung von ehemaligen Mitgliedern der Waffen-SS auseinandersetzte.

Nach Inkrafttreten des BetrVG 1972 setzte das BAG diese ausweitende Rechtsprechung fort. Berühmt geworden ist der Fall, in dem in einer Betriebsversammlung der Regierungspräsident des Regierungsbezirks Düsseldorf, Hans-

2 *Martin Schmitt*, Interessenkonflikt bei der Wahrnehmung des Betriebsratsamtes, Konstanz 1989 (zugl. Konstanz, Univ., Diss. 1989), S. 17.

3 BAG, 3.12.1954 – 1 AZR 150/54 – AP KSchG § 13 Nr. 2; BAG, 13.1.1956 – 1 AZR 167/55 – AP KSchG § 13 Nr. 4; BAG, 18.1.1968 – 2 AZR 45/67 – AP BetrVG § 66 Nr. 28.

4 BAG, 4.5.1955 – 1 ABR 4/53 – AP BetrVG § 44 Nr. 1.

5 BAG, 21.2.1978 – 1 ABR 54/76 – AP BetrVG § 74 Nr. 1.

Otto Bäumer, ein Kurzreferat unter dem Tagesordnungspunkt 3: »Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung« halten sollte. Bäumer war für die Landtags- und Kommunalwahlen am 4.5.1975 in Nordrhein-Westfalen SPD-Kandidat für ein Landtagsmandat sowie ein Bürgermeisteramt und außerdem Wahlkampfleiter der SPD im nordrhein-westfälischen Wahlkampf. Der Arbeitgeber, der präsumtiv eine andere politische Richtung bevorzugte, behauptete, das Auftreten in Betriebsversammlungen sei Teil der Wahlkampfstrategie des Referenten. Nur während der Wahlkampfzeit und in seinem Wahlkreis versuche er auffallend häufig, Referate auf Betriebsversammlungen zu halten oder Betriebsbesichtigungen vorzunehmen. Das BAG⁶ erkannte auf unzulässige parteipolitische Betätigung. Kritisiert wurde seinerzeit, dass die weite Auslegung des Tatbestandes mit der grundrechtlichen Wertung des Art. 5 GG nicht zu vereinbaren sei.⁷ Schaut man sich die aktuellen Fälle an, sieht man, wie sich die Politiker in den Fällen Holzmann bis Opel auf Betriebsversammlungen mit Einverständnis von Betriebsrat und Management positionieren. Da ist Politik auf einmal gut, vielleicht weil man Hilfe sucht und eine Störung des Betriebsfriedens nicht zu erwarten ist?

Streng erscheint der Blick der Rechtsordnung auf Arbeitnehmer, wenn diese sich – man muss heute sagen: ausnahmsweise – politisch engagieren. Höchstrichterliches Paradigma ist hier die Raketenentscheidung vom 12.6.1986⁸, in der es um ein Flugblatt am schwarzen Brett des Betriebsrats ging, das sich gegen die Stationierung von Pershing II Raketen richtete. Das meinungs- und politikfeindliche Verständnis des BAG findet in dieser Entscheidung seine Zuspitzung: Das BAG entschied ernsthaft, dass das absolute Verbot parteipolitischer Betätigung nicht nur den Sinn habe, »den Betriebsfrieden zu wahren, sondern es sichert unter anderem auch die parteipolitische Neutralität des Betriebsrats, weil die Arbeitnehmer des Betriebs im Kollektiv der Arbeitnehmerschaft, dem sie sich nicht entziehen können, in ihrer Meinungs- und Wahlfreiheit als Staatsbürger nicht beeinflusst werden sollen.«

Das BAG erfand hier das problematische Schutzgut der »negativen Meinungsfreiheit« im Betrieb, das *Husemann* zu Recht verwirft. Ganz unverhohlen bringt das BAG, ohne auch nur die verfassungsrechtliche Seite einigermaßen valide auszuloten, seine damalige Weltsicht zum Ausdruck. Das BAG meint: »Erfahrungsgemäß führt nämlich eine Politisierung des Betriebes leicht zu Spaltungen und Gegen-

sätzen innerhalb der Arbeitnehmerschaft mit der Folge, dass Betriebsklima und Arbeitsablauf darunter leiden. Der Betrieb soll aus dem Meinungsstreit einzelner Gruppen herausgehalten werden, da jede einseitige Stellungnahme des Arbeitgebers oder eines Betriebsorgans von anderen Betriebsangehörigen als eine Herausforderung aufgefasst werden kann, die der notwendigen Zusammenarbeit abträglich ist.«

Welches Bild des unmündigen Bürgers zeichnet hier das BAG! »Die Gefahr der Beeinflussung des einzelnen Arbeitnehmers durch Arbeitgeber oder Betriebsrat bei besonders wichtigen und umkämpften Fragen und die Gefahr einer dadurch hervorgerufenen Betriebsstörung« sei besonders hoch. Entschuldigend meinte das BAG, das Verbot diene der Verhinderung der Bekanntgabe der gewissermaßen mit »Amtsbonus« ausgestatteten eigenen politischen Meinung des Betriebsrats am Schwarzen Brett.

Man konnte den Eindruck erlangen, es sei dem BAG darum gegangen, in den bewegten friedenspolitischen Zeiten jede Diskussion im Betrieb zu unterbinden. Historisch dazu gehört auch die »Stoppt-Strauß-Plaketten-Entscheidung« des 2. Senats des BAG⁹, die den gleichen Geist mit einer noch übertriebeneren Furcht vor Meinungsäußerung atmet. Schon die kleinste Gefährdung des Betriebsfriedens sollte gar für eine fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers ausreichen. Das BAG benötigte für dieses Ergebnis nicht einmal eine Norm wie § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG 1972, sondern leitete die Rechtfertigung der Kündigung ohne vorherige Abmahnung (!) aus den »Grundregeln des Arbeitsverhältnisses« her, die es selbst definierte. Eine Störung des Betriebsfriedens sollte nach diesen Grundregeln verboten sein. Dabei wurde der Begriff so weit gefasst, dass bereits befürchtete Störungen ausreichten. Im Wege der Interessenabwägung folgert das BAG die Pflicht des Arbeitnehmers, im Betrieb eine provozierende parteipolitische Betätigung zu unterlassen, durch die sich andere Belegschaftsangehörige belästigt fühlen. »Um eine Störung des Betriebsfriedens anzunehmen, ist es nicht erforderlich, dass die gesamte oder die Mehrheit der Belegschaft oder ganze Betriebsabteilungen über einen Vorgang im Betrieb in Unruhe geraten, in Empörung ausbrechen

6 BAG, 13.9.1977 – 1 ABR 67/75 – BAGE 29, 281.

7 *Zachert*, *ArbuR* 1978, 222, 224.

8 BAG, 12.6.1986 – 6 ABR 67/84 – AP BetrVG 1972 § 74 Nr. 5.

9 BAG, 9.12.1982 – 2 AZR 620/80 – NJW 1984, 1142.

oder ihren Unmut in spontanen Kundgebungen äußern. [...] Das Zurschaustellen einer solchen auffälligen, provokativen Plakette greife auch in das Recht der anderen Arbeitnehmer ein, mit politischer Agitation im Betrieb in Ruhe gelassen zu werden.« Diese Entscheidung, die auch *Husemann* noch deutlicher hätte einbinden können, wurde nachhaltig kritisiert,¹⁰ auch von dem Verfasser dieser Zeilen im Jahre 1987:

»Indem das BAG die Meinungsäußerungsfreiheit durch nicht näher definierte »Grundregeln über das Arbeitsverhältnis« begrenzt sieht, schränkt es die Grundrechte der Arbeitnehmer zumindest verbal weitergehend ein, als dies nach gesichertem Rechtsstandard im sog. besonderen Gewaltverhältnis zulässig wäre. Seit dem Urteil des BVerfG vom 14.3.1972, in dem es um einen Brief eines Strafgefangenen mit beleidigendem Inhalt geht, steht fest, dass die Meinungsäußerungsfreiheit selbst von Strafgefangenen, Soldaten, Beamten, Schülern usw. nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden darf. Es reicht eben nicht mehr aus, dass der Zweck eines Rechtsverhältnisses diese Einschränkung erfordert. Diese verfassungsrechtliche Entwicklung hat das BAG ignoriert und judiziert unbeirrt nach seinen Erkenntnissen aus dem Jahre 1954. Das BAG sollte den Mut haben, von dieser kaum vertretbaren Ausweitung der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG Abstand zu nehmen.«¹¹

Vielleicht musste das politische Klima in der Bundesrepublik Deutschland in die Phase der weitgehenden Gleichgültigkeit und Politikferne kommen, um diese Rechtsprechung zu revidieren.

Husemann erkennt die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des Paragraphen 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG an. Er hält es für vertretbar, dass der Gesetzgeber dem Betriebsfrieden für die Fälle der parteipolitischen Betätigung ein höheres Gewicht zugemessen habe. Unser Preisträger kann sich allerdings nicht dazu durchringen, nach Sinn und Zweck der Norm eine restriktive Interpretation des Verbotstatbestandes vorzunehmen. Eine knappe und allgemeingültige Definition des Begriffs der parteipolitischen Betätigung sei nicht möglich. Entscheidend sei die Betrachtung des Einzelfalles. Das Grundrecht könne den Einzelnen weder vor jeder politischen Streitfrage schützen noch sei der Betriebsfrieden als »Grabesstille« zu verstehen.

Ein wesentliches normatives Resultat des Verfassers sehe ich darin, dass er die so genannte negative Meinungsfreiheit, eben mit abweichenden Auffassungen nicht konfrontiert

zu werden, als nicht geschützt ansieht. Mit Däubler mag man formulieren, dass das Grundrecht der Meinungsfreiheit wenig wert wäre, wenn nur solche Dinge geäußert werden dürften, die alleseitiges Kopfnicken hervorrufen.¹² Deutlicher noch sind die Worte des BVerfG in der Fraport-Entscheidung, in der das Gericht das dauerhafte Verbot, Meinungen zu äußern oder Flugblätter zu verteilen, als unverhältnismäßig verwarf.¹³

»Deshalb kann das Verbot des Verteilens von Flugblättern insbesondere auch nicht auf den Wunsch gestützt werden, eine »Wohlfühlumgebung« in einer reinen Welt des Konsums zu schaffen, die von politischen Diskussionen und gesellschaftlichen Auseinandersetzungen frei bleibt. Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers ist kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken darf (vgl. BVerfGE 102, 347, 364). Unerheblich sind folglich Belästigungen Dritter, die darin liegen, dass diese mit ihnen unliebsamen Themen konfrontiert werden. Erst recht ausgeschlossen sind Verbote zu dem Zweck, bestimmte Meinungsäußerungen allein deshalb zu unterbinden, weil sie von der Beklagten nicht geteilt, inhaltlich missbilligt oder wegen kritischer Aussagen gegenüber dem betreffenden Unternehmen als geschäftsschädigend beurteilt werden.«

Tim Husemann entscheidet sich weder für eine weite noch für eine enge Auslegung des § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG. Alles überlässt er dem Einzelfall. Dabei stellt er einen großen Katalog zu berücksichtigender Topoi auf, ohne jedoch bestimmte Gesichtspunkte zu priorisieren. Damit überlässt der Verfasser letztlich alles dem entscheidenden Spruchkörper. Im Ergebnis laufen die Einzelergebnisse des Verfassers darauf hinaus, dass die Intensität der Betriebsstörung durch eine mehr oder minder umstrittene Meinungsäußerung den Ausschlag gibt. Eine normative Leitlinie fehlt dem Verfasser. Das ist nicht meine Sichtweise der normativen Konkretisierung von Abwägungskriterien. Das Defizit des Ansatzes zeigt sich auch an der Behandlung der einzelnen Fälle. Wenn die Kriterien der Interessen-

¹⁰ Siehe nur *Schwerdtner*, JZ 1973, 380; *Mayer-Maly*, ArbuR 1968, 8; *Ramm*, ArbuR 1973, 222 f.; *Bäumer*, BIStSozArbR 1981, 339; *Pfarr*, Anm. zu BAG AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 1; *Zachert*, ArbuR 1984, 292 f.; ArbG München, 29.11.1983 – 15 Ca 10770/83 – DB 1984, 512.

¹¹ *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1986), S. 469, 473.

¹² *Däubler*, AiB 1983, 27.

¹³ BVerfG, 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 – NJW 2011, 1201 Rn. 103.

abwägung beliebig und unübersichtlich werden, dann leidet die Rechtssicherheit massiv. An dieser Stelle wäre bei der Ausarbeitung unseres Preisträgers vielleicht sogar weniger mehr gewesen. Der Kriterienkatalog, den der Verfasser vorlegt, geht für meinen Geschmack viel zu weit in die Beurteilung der Reichweite, Richtigkeit und Ton der jeweiligen Meinungsäußerung. Immerhin entzieht sich der Verfasser aber am Ende nicht der Aufgabe, in den Leitfällen selbst eine Einzelfallentscheidung zu treffen. So hält er – unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände – die Anbringung des Anti-Raketenflugblattes am schwarzen Brett des Betriebsrats ebenso für eine unzulässige parteipolitische Betätigung wie den Aufruf gegen den Irak-Krieg. Demgegenüber soll die Aufforderung zur Teilnahme an einem Volksentscheid aufgrund des Inhalts der Formulierung und des gewählten Kommunikationswegs den Betriebsfrieden nicht gestört haben.

Mich haben die Analysen des Verfassers angeregt, die Rechtsfindungsmethode und die exemplarischen Einzelfallergebnisse aber nicht überzeugt. »In dubio pro libertate«, verfassungsrechtlich gebotene enge Interpretation des demokratie- und meinungsfeindlichen Tatbestandes des § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG sowie die Verhinderung des Missbrauchs der (Macht)Stellung als Betriebsrat und Arbeitgeber wären meine Leitkriterien. Als Amtsträger ist der Betriebsrat gebunden. Der parteipolitische Missbrauch seines Amtes rechtfertigt die amtspezifische Sanktion, nicht aber zugleich eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Der »Normalfall« des Tatbestandes des § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG wäre: Verboten ist nur das unmittelbare Eintreten und Werben für politische Parteien. So dürfte der Arbeitgeber im Vorfeld der Bundestagswahl zB. im Betrieb ebenso wenig Wahlwerbung für die FDP wie der Betriebsrat für »Die Linke« machen. Wie wahrscheinlich solche oder ähnliche Fälle heutzutage sind, mag jeder selbst beurteilen. Schließlich möge man bedenken, dass der Gesetzgeber zunehmend den Betriebsrat allgemeinpolitisch in die Pflicht nimmt. Man schaue nur auf den breiten, mit allgemeinpolitischen Aufgaben überfrachteten Aufgabenkatalog

in § 80 Abs. 1 BetrVG, der von Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbsarbeit bis hin zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit reicht.

Wenn ich es richtig sehe, dann geht die neue Entscheidung des BAG vom 17.3.2010¹⁴ in diese Richtung. Glasklar legt das BAG – methodisch vertretbar – den engen Wortlaut auch wortlautgemäß aus und entschied: »Von dem in § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG normierten Verbot parteipolitischer Betätigung im Betrieb werden Äußerungen allgemeinpolitischer Art ohne Bezug zu einer Partei nicht erfasst.«

Mit Recht judiziert der 7. Senat, dass der Gesetzeswortlaut sowie der grundrechtseinschränkende Charakter der Vorschrift für ein enges Verständnis des Verbotes sprechen. Bei der Anwendung der Vorschrift müsse der besondere Wertehalt des Art. 5 Abs. 1 GG gewahrt bleiben. Andere als parteipolitische Betätigungen unterwerfe der Gesetzgeber ausdrücklich geringeren Beschränkungen, die sie nach § 74 Abs. 2 S. 2 BetrVG nur dann zu unterlassen hätten, wenn durch sie der Arbeitsablauf oder der Frieden des Betriebs beeinträchtigt werde. Nur bei Betätigungen parteipolitischer Art unterstelle das Gesetz stets eine Gefährdung des Betriebsfriedens und der Zusammenarbeit im Betrieb. Eine Gefahr der Polarisierung der Belegschaft besteht bei Äußerungen allgemeinpolitischer Art ohne Bezug zu einer bestimmten politischen Partei nicht in gleicher Weise. »Mehr Demokratie wagen«, war – auch im Sinne *Hugo Sinzheimers* – kein schlechtes Leitbild.

Tim Husemann hat eine lesenswerte, historisch vertiefte, methodisch anspruchsvolle und abgewogene Doktorschrift vorgelegt, die den Hugo-Sinzheimer-Preis vollauf verdient hat. Dem Streit um die richtige Methode und die richtigen Ergebnisse wird der Verfasser nicht entgehen können und wollen.

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis,
Universität zu Köln

¹⁴ BAG, 17.3.2010 – 7 ABR 95/08 – NZA 2010, 1133 mit Anm. von *Husemann*, AP BetrVG 1972 § 74 Nr. 12; zu *Dohna-Jaeger*, ArbuR 2011, 428; ablehnend *Bauer/Willemsen* NZA 2010, 1089; *Reichold* RdA 2011, 59.

Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen

Dissertation von Susanne Moritz, 2013, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 253 S. (ISBN 978-3-8487-0722-5), 59,- €, erschienen als Band 29 der Reihe Schriften zum Sozialrecht

Die spektakuläre Buchanzeige auf der Titelseite der Wochenendausgabe der Süddeutschen Zeitung vom 16. und 17.11.2013 »*Richter als Altenpfleger. Verfassungsbeschwerden könnten den Pflegenotstand beenden*« von *Heribert Prantl*¹ hat in der Öffentlichkeit ein lebhaftes Echo hervorgerufen. Am 28.11.2013 sind in der SZ einige Leserbriefe veröffentlicht worden. In einem davon, »Es gab auch Fortschritte« überschrieben,² heißt es, dass die Bewertung der praktischen Umsetzung des Pflegerechts in den Heimen als generell menschenunwürdig weit über das Ziel hinaus schieße, politischen Druck zu machen, und die Rechtswissenschaftlerin sei vielleicht zu jung, als dass sie die Fortschritte beim Rechtsschutz von Heimbewohnern in den vergangenen Jahren (Heimaufsichtsrecht, Fixierungsrückgang usw.) würdigen könne; mit ihrer pauschalierten Zuspitzung verletze sie auch die beruflich Pflegenden, die sich täglich für Recht und Würde trotz Ressourcenknappheit einsetzen. Um kein falsches Bild entstehen zu lassen, sei deshalb einleitend darauf hingewiesen, dass die Autorin keineswegs die Zustände in stationären Pflegeeinrichtungen generell als menschenunwürdig bezeichnet, sondern bei ihrer rechtswissenschaftlichen Untersuchung lediglich von dem nicht bestreitbaren Befund ausgeht, dass »in den Medien gehäuft von menschenunwürdigen und untragbaren Zuständen in den Pflegeheimen berichtet wird« und »neben einer völlig unzureichenden pflegerischen Versorgung der Heimbewohner auch erhebliche Gewaltanwendungen gegenüber den Pflegebedürftigen« beklagt werden (S. 15 u. 17).³

Exemplarisch dafür mag aus jüngerer Zeit ein Bericht stehen, der im Herbst vergangenen Jahres unter dem Titel »102. Was aus dem Leben alter Menschen wird, wenn sie ins Heim ziehen«, im SPIEGEL erschienen ist: »Tante Marie ist 102. Sie sieht nichts mehr und hört nichts mehr, aber der Kopf ist wach. (...) Die speziellen Kopfhörer, mit denen sie etwas verstehen kann, bringen die Besucher und nehmen sie wieder mit, weil so vieles abhandenkommt in ihrem Heim. Ihr Kleiderschrank und der ihrer Mitbewohnerin sind mit Fahrradschlössern gesichert. Trotzdem gehen

immer wieder Socken, die ihre Schwester für sie gestrickt hat, verloren. Schokolade verschwindet aus Schubladen. Wenn man ihr ein Weinfläschchen mitbringt, dann wird es leergetrunken, von wem auch immer, nicht von ihr jedenfalls, sie sieht ja nichts und kann es nicht finden. (...) Die Pfleger stellen ihr das Essen hin, und auf dem Teller versucht sie dann, mit den Fingern die Spätzle zu finden. Dass ihr jemand helfen würde und das Essen zum Mund reichen, dazu fehlt es an Personal. (...) Tante Maries Heim bekam bei der Qualitätsprüfung durch die Pflegekassen eine glatte Note »Eins.«.⁴

Auch aus offiziellen Quellen lassen sich Informationen zum Stand der Pflege entnehmen. Als illustratives und aktuelles Beispiel mag man hier den sehr sorgfältig abgefassten und instruktiven *Bericht der Beschwerdestelle für Probleme in der Altenpflege über die Tätigkeit in den Jahren 2011 und 2012 der Bayerischen Landeshauptstadt München* anführen:⁵ Im Jahre 2011 bearbeitete die Behörde (nur) 159 Beschwerden zu stationären Pflegeeinrichtungen, ambulanten Pflegediensten und Einrichtungen des betreuten Wohnens/neuen Wohnformen; mehr als die Hälfte dieser Beschwerdefälle betraf stationäre Pflegeeinrichtungen. Ein Anstieg der Beschwerdefälle im Jahre 2012 gegenüber dem Vorjahr entfiel vor allem auf den stationären Bereich. Die häufigsten vorgebrachten Beschwerdeinhalte im Hinblick auf stationäre Einrichtungen betrafen die Punkte

1. Informieren/Kommunizieren (27 vH.):

fehlende Berücksichtigung von Wünschen und Bedürfnissen (zB. Essensgewohnheiten); Nichterfüllung von Zusagen (etwa eines Einzelzimmers), die beim Aufnahmegespräch gemacht, aber später nicht eingehalten wurden; nicht ausreichende Information Angehöriger über Änderungen (Zimmerverlegung, Arztwechsel, Medika-

1 Vgl. Süddeutsche Zeitung Nr. 265 v. 16./17.11.2013, S. 1.

2 Vgl. Süddeutsche Zeitung Nr. 275 v. 28.11.2013, S. 19.

3 Die Seitenzahlen beziehen sich auf *Moritz*, Schutzpflichten, Baden-Baden 2013.

4 Vgl. *Supp.*, 102. Homestory. Was aus dem Leben alter Menschen wird, wenn sie ins Heim ziehen, in: DER SPIEGEL 40/2013, S. 67. Vgl. auch *Dowidat*, »Der liegt doch schon im Sterben.« Wenn pflegebedürftige Menschen in ein Heim kommen, erfahren sie nicht immer die nötige Zuwendung. Erniedrigungen und rohe Umgangsformen gehören oft zum Alltag. Die Pfleger sind häufig überfordert. Eine Nahaufnahme, in: WELT AM SONNTAG, 15.9.2013, S. 17 – 21.

5 Beschwerdestelle für Probleme in der Altenpflege der Landeshauptstadt München, Bericht über die Tätigkeit in den Jahren 2011 und 2012, vorgelegt im Münchener Stadtrat im Juli 2013, Oktober 2013.

- mentenänderung etc.); unverständlicher Schriftverkehr und Erklärungen; schlechte Erreichbarkeit (telefonisch/persönlich) zuständiger Ansprechpartner; nicht angemessener Kommunikationsstil und -ton; Fehlen spürbarer Konsequenzen aus vorgebrachten Beschwerden;
2. Grundpflege (Körperpflege, Ernährung, Ausscheidung) (20 vH.):
Nichtberücksichtigung individueller Wünsche (zB. die Anwendung besonderer Hautpflegeprodukte); nicht regelmäßige, nicht gründliche oder nicht fachgerechte Körperpflege; unzureichende Flüssigkeitszufuhr; fehlende Abstimmung des Nahrungsangebots auf das individuelle Krankheitsbild und das Körpergewicht; schmutzige Kleidung;
 3. das Wohnumfeld (10 vH.):
Sauberkeit, Essensqualität, Wäscheservice, Zimmerausstattung und technische Ausstattung;
 4. Sicherheit (10 vH.):
verzögerte Reaktionen auf körperliche Veränderungen (zB. Schmerzen, Hautveränderungen); nicht immer fachgerechte Umsetzung ärztlicher Anordnungen (zB. Medikamentenabgabe); Fehlen vorbeugender Maßnahmen bei Verletzungsgefahr [zB. sichere Hilfsmittel und Umgebung (Haltegriffe)]; Verlust oder Defekte persönlicher Gegenstände;
 5. Personalausstattung (6 vH.):
häufiger Wechsel der Pflegekräfte; zu geringe Anzahl von Pflegekräften pro Schicht und zu hohe Arbeitsbelastung; nicht ausreichende Qualifizierung der Pflegekräfte; fehlende Einarbeitung neuer Pflegekräfte und mangelhafte Anleitung Auszubildender.

Beschwerden führten in erster Linie Angehörige – 72 vH. –, Betroffene – 6,5 vH. –, Betreuer – 6,5 vH. –, Pflegepersonen – 4 vH. – und Sonstige – 11,5 vH. –. Über gerichtliche Auseinandersetzungen wurden keine Daten erhoben.

Eine in Bayern geplante gesetzliche Regelung, die höhere Baustandards für Alten- und Pflegeheime im Interesse der Bewohner vorsieht und möglicherweise geeignet wäre, einige der vorstehend angesprochenen Missstände abzubauen, stößt deshalb auf Kritik, weil laut Arbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege Alten- und Pflegeheimen hohe Sanierungskosten drohen, die möglicherweise zur Schließung von Heimen führen würden. Moniert wird, dass der Freistaat die erhöhten Standards festlegen wolle, jede Beteiligung an den sich daraus möglicherweise ergebenden Kosten für die Einrichtungen aber ablehne. Darü-

ber hinaus wird angemerkt, dass die geplanten baulichen Veränderungen nicht alle auch zu einer Verbesserung der Pflegequalität führen würden⁶ – so viel zur aktuellen politischen Diskussion.

Gegenstand der Dissertation, die von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg angenommen worden ist (Erstkorrektor und »Doktorvater«: *Alexander Graser*, Zweitkorrektor: *Thorsten Kingreen*), ist nicht dieser Pflegenotstand selbst, sondern die juristische Frage, ob aus verfassungsrechtlicher Sicht staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen bestehen und wie sie um- und durchgesetzt werden können (S. 94 ff.). Dabei beschränkt sich die Autorin zurecht auf die – fassbarere – Situation in stationären Einrichtungen (S. 17 ff.), in denen heute rund 730.000 Menschen leben. Hierzu sei angemerkt, dass es Schlecht- und Unterversorgung sowie Gewalt gegen Pflegebedürftige gewiss auch »in den eigenen vier Wänden« und in der Familie gibt, dass diese Problematik dort aber auch für Pflegekritiker noch sehr viel weniger wahrnehmbar ist und dementsprechend auch in der Öffentlichkeit sehr viel weniger thematisiert wird, als dies in Bezug auf stationäre Einrichtungen der Fall ist. Die Familie als die »größte Pflegeeinrichtung der Nation« (so seinerzeit der zuständige Bundesminister und »Vater« der Sozialen Pflegeversicherung *Norbert Blüm*) und als die von Politik und Gesetzgebung auch heute noch als persönlich und familienbezogen – zugleich aber auch kostengünstig! – bevorzugte Form der Pflege hat gewiss auch ihre weitestgehend verdrängten dunklen Seiten.

Susanne Moritz hat ihre Thesen wie folgt zusammengefasst (S. 15 f.):

1. »Schon seit mehreren Jahren steht die Pflege – und insbesondere die Reformbedürftigkeit der Pflegeversicherung – in Deutschland in der öffentlichen Debatte. Eine nachhaltige Reform scheint umso dringlicher, als in den Medien gehäuft von menschenunwürdigen und untragbaren Zuständen in den Pflegeheimen berichtet wird. Geschildert werden neben einer völlig unzureichenden pflegerischen Versorgung der Heimbewohner auch erhebliche Gewaltanwendungen gegenüber den

⁶ Vgl. *Lörzer*, Pflegeheime von Schließung bedroht. Ein neues Gesetz soll die Unterbringung in Altenheimen für die Bewohner verbessern. Die Regeln haben allerdings enormen Sanierungsbedarf ausgelöst. Viele Einrichtungen fürchten, dass sie das nicht finanzieren können, sowie *ders.*, Pflegegesetze. Gut gemeint, schlecht gemacht, in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 284, 9.12.2013, S. R 2.

Pflegebedürftigen. Diese beschriebenen Missstände greift die Dissertation auf, untersucht deren Ursachen sowie schwerpunktmäßig deren verfassungs- und verfassungsprozessrechtliche Relevanz und kommt zu folgenden Ergebnissen:

2. Das Vorhandensein von, mitunter gravierende Ausmaße annehmenden, Missständen in zahlreichen stationären Pflegeeinrichtungen in Deutschland ist empirisch belegbar. Die Lebensbedingungen vieler Menschen in Pflegeheimen sind lebensunwert; der Pflegezustand sowie die Pflegequalität sind zu einem erheblichen Teil mangelhaft. Darüber hinaus lässt sich eine regelmäßige Gewaltanwendung gegenüber den Pflegebedürftigen nachweisen.
3. Die Ursachen hierfür liegen in erster Linie in den gesetzlichen Rahmenbedingungen der Pflege. Die Finanznot der Pflegekassen steuert in weitem Ausmaß unmittelbar und mittelbar Qualität und Umfang der Pflegeleistungen. Folge ist die geringe Vergütung der Pflegeheime, deren defizitäre Personalausstattung und schlechte Arbeitsbedingungen für das Pflegepersonal. Systematische Fehlanreize verschärfen die mangelhafte pflegerische und medizinische Versorgung der Pflegebedürftigen zusätzlich. Die unzulängliche Kontrolle der Pflegeeinrichtungen stärkt die Aufrechterhaltung dieser Pflegepraxis. Die Behebung dieser systemischen Ursachen ist zuvörderst Sache des Gesetzgebers.
4. Die belegbaren Missstände in den Pflegeheimen verletzen die Grundrechte der stationär untergebrachten Pflegebedürftigen. Zwar erfolgt die Pflege der Menschen in den Pflegeeinrichtungen durch Dritte; eine Zurechenbarkeit dieser Grundrechtsverletzungen an den Staat ergibt sich aber aus dessen Schutzpflichten, die ihm gegenüber den Pflegebedürftigen obliegen und die er durch seine Untätigkeit verletzt.
5. Sofern die Regierung weiterhin untätig bleibt, ist eine Verbesserung der Zustände in den Pflegeheimen nicht zu erwarten. Eine aussichtsreiche Möglichkeit, den Pflegemissständen Abhilfe zu schaffen, stellt ein Vorgehen vor dem Bundesverfassungsgericht gegen das gesetzgeberische Unterlassen dar. Angesichts der hohen Wertigkeit der betroffenen Grundrechte und der bereits eingetretenen Verletzung derselben scheint ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts auch unter funktionellrechtlichen Aspekten legitim. Dabei erweist sich ein Vorgehen mittels Verfassungsbeschwerde als

erfolgsversprechend. Eine Beschwerdebefugnis ist dabei nicht nur für die aktuell betroffenen Heimbewohner anzunehmen, sondern besteht für alle potenziell künftig Betroffenen.«

Die Verfasserin fragt mithin nach dem Vorhandensein staatlicher Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen sowie danach, wie diese Pflichten effektiviert werden können, ausgehend von der Feststellung, dass die verfassungsrechtlichen Gewährleistungen insbesondere aus Art. 1 GG (Menschenwürde) und Art. 2 GG (Freiheit der Person) in ihrer Schutzdimension gegenwärtig nicht immer gewährleistet sind.

Diese Feststellung lässt sich auch so formulieren, dass die Sicherung des Existenzminimums bei Pflegebedürftigkeit nicht immer gewahrt wird. Diesbezüglich bietet sich in Bezug auf das *pflegerische Existenzminimum*⁷ eine Parallele zum monetären soziokulturellen Existenzminimum an, wie es das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zum einen zu den Regelleistungen des SGB II und zum anderen zum Asylbewerberleistungsgesetz⁸ konkretisiert hat (S. 143 ff.). Das Beispiel des Asylbewerberleistungsgesetzes ist deshalb besonders instruktiv, weil es weit über ein Jahrzehnt gedauert hat, bis die offensichtliche Verfassungswidrigkeit dieser Regelung⁹ vom Bundesverfassungsgericht festgestellt worden ist.

Darüber hinaus mag man eine Parallele ziehen zum Gesundheitsrecht und dem dort diskutierten medizinischen Existenzminimum, welches sich insbesondere gegenüber Rationierungsmaßnahmen behaupten muss, die darin bestehen, dass aus medizinischer Sicht notwendige oder zweckmäßige medizinische Maßnahmen aus finanziellen Gründen offen oder verborgen vorenthalten werden¹⁰

7 Vgl. zu diesem Begriff und seinem Inhalt *Igl*, Sicherung des Existenzminimums bei Pflegebedürftigkeit, in: Deutscher Sozialrechtsverband eV. (Hrsg.), Armutsfestigkeit sozialer Sicherung (Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes eV. 12./13.10.2006 in Lübeck, Berlin 2007, S. 47 ff.).

8 Vgl. BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL. 1, 3, 4/09 – BVerfGE 125, 175 (Existenzminimum); BVerfG 18.7.2012 – 1 BvL. 10/10, 1 BvL. 2/11 – ZFSH SGB 2012, 450 (Asylbewerberleistungsgesetz).

9 Vgl. in diesem Sinne sehr früh *Röseler/Schulte*, Gutachten zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes. Regelungsgelt, praktische Auswirkungen und verfassungsrechtliche Grenzen (im Auftrag der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege), Bonn 1998; in diesem Kurzgutachten waren die Verfasser aus ähnlichen Gründen wie das Bundesverfassungsgericht zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit bereits der ursprünglichen gesetzlichen Regelung gekommen.

10 Vgl. so die Zentrale Ethikkommission, in: Deutsches Ärzteblatt 97, H. 15 vom 14.4.2000, S. A-1017 (zit. nach *Ebsen*, Armut und Gesundheit, in: Deutscher Sozialrechtsverband eV. (Hrsg.), aaO. (Fn. 7), S. 133, 141).

[wobei eine explizite Rationierung i.e.S. hierzulande als nicht nachweisbar bezeichnet und auch offiziell abgelehnt wird und die z.T. als vorkommend erkannte indirekte («implizite») Rationierung allenfalls als Rationalisierung oder Priorisierung diskutiert wird]. Diesbezüglich ist von einem subjektiven Recht auf ein gesundheitliches Existenzminimum auszugehen, welches aus der Gewährleistung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG, dem Grundrecht aus Art. 2 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 GG) hergeleitet wird.¹¹ In entsprechender Weise ist über die Leistungen der Pflegeversicherung des SGB XI und als »Ausfallbürgin« auch durch die Hilfe zur Pflege nach dem SGB XII (§§ 61 ff.) eine menschenwürdige Pflege sicherzustellen nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben, die »auf die pflegerische Versorgung von Menschen, die über unzureichende Eigenmittel verfügen, eins zu eins übertragen werden« können, ist doch »menschenwürdig« in diesem Zusammenhang nur eine Versorgung, die dem aktuellen Stand der Pflegewissenschaft entspricht, wobei für die Soziale Pflegeversicherung und die Sozialhilfe dieselben Qualitätsstandards gelten.¹² Dabei gilt für dieses Existenzminimum, dass es ebenso wie das allgemeine Existenzminimum, das den notwendigen Lebensunterhalt gewährleisten soll, insofern »relativ« ist, als es in Relation steht zu den allgemeinen gesellschaftlichen Lebensverhältnissen einschließlich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, zu den in der Gesellschaft vorherrschenden Auffassungen über den »Normallebensstandard« und eben auch – hinsichtlich des pflegerischen Minimums – zum Stand der Pflegewissenschaft. Es gehört im Rahmen der Gesundheitsversorgung unter Berücksichtigung der fundamentalen Bedeutung der Gesundheit für alle anderen Dimensionen von Lebensqualität zum sozialstaatlich gebotenen Standard, dass auch die Versorgung Bedürftiger sich an dem orientiert, was »Durchschnittsbürger« vernünftigerweise für die eigene Gesundheitsversorgung entweder im Wege von Pflichtversicherung oder freiwilliger Vorsorge oder im Wege einer ad hoc-Finanzierung im Einzelfall aufwenden.¹³

Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang auch der – umstrittene – sog. »Nikolaus-Beschluss« des Bundesverfassungsgerichts,¹⁴ demzufolge Ansprüchen auf Leistungen bei Krankheit, die nicht im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) vorgesehen sind, ggf. ausnahmsweise auch dann entsprochen werden muss, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass eine im Rahmen der

GKV nicht anerkannte Behandlungsmaßnahme im konkreten Fall dazu dienen kann, einem Versicherten das Leben zu retten oder einer schwerwiegenden Gesundheitsschädigung zu begegnen. Diese Judikatur, die sich auch auf das Pflegeversicherungsrecht übertragen lässt,¹⁵ ist mittlerweile im Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch. Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) positiviert worden.¹⁶

Sucht man diese Überlegungen zum allgemeinen Existenzminimum und zum medizinischen Existenzminimum in der Gesundheitsversorgung auf die Pflege zu übertragen und dort zu konkretisieren, so stößt man allerdings auf das Problem, dass die Qualitätsentwicklung in der Pflege noch vergleichsweise wenig entwickelt und von den im Bereich der Medizin entwickelten Standards noch weit entfernt ist,¹⁷ erstrecken sich die Dimensionen der Bestimmung des diesbezüglichen Existenzminimums doch auf die finanzielle, institutionelle und organisatorische Bereitstellung eines sozialen Sicherungssystems bei Pflegebedürftigkeit, auf die Zugänglichkeit zu Pflegeleistungen, auf die Tätigkeit der sowohl freiwillig als auch berufsmäßig pflegende Personen sowie last but not least eben auf die Qualität dieser Pflege. Immerhin mag die Diskussion um das pflegerische Existenzminimum und seine Bestimmung dazu beitragen können, die von der Autorin herausgearbeiteten staatlichen Schutzpflichten von anderer Seite zu beleuchten und dadurch zu konkretisieren.

Erwähnt sei schließlich beispielhaft für Vorgaben des internationalen Rechts¹⁸ das Übereinkommen der Verein-

11 Vgl. dazu etwa *Neumann*, NZS 2006, 393 ff.; *Ebsen*, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV) 1997, 71 ff.

12 Vgl. so *Udsching*, Demographiefestigkeit und Reformfähigkeit der Pflegeversicherung – Kommentar, in: Deutscher Sozialrechtsverband eV. (Hrsg.), *Das Sozialrecht für ein längeres Leben* (Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes eV. 11./12.10.2012 in Mannheim), Berlin 2013, S. 167 ff., 168. – *Peter Udsching* war als ehemaliger Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht ua. sowohl für die Soziale Pflegeversicherung als auch für »Hartz IV« zuständig.

13 Vgl. in diesem Sinne *Ebsen*, (Fn. 10), S. 147.

14 BVerfGE 115, 25 ff. (»Nikolaus-Beschluss«, weil dieser Beschluss am 6.12.2005 und damit am Nikolaustag ergangen ist. Diese schöne Namensgebung ist *Thorsten Kingreen* zu verdanken, dem damit ein bleibender Platz in der Sozialrechtsgeschichte sicher ist.)

15 Vgl. in diesem Sinne auch *Igl*, (Fn. 7), 52.

16 § 2 Abs. 1 a SGB V.

17 So zu Recht *Igl*, (Fn. 7), S. 66; vgl. auch *Igl*, SGB 2007, 381 ff.; ferner *Klie*, *Geschichte, Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen* (RsDE) 2009, 7 ff., 19 f.; auch *Schulte*, RsDE 2009, 62 ff.

18 Vgl. dazu *Aichele/Schneider*, *Soziale Menschenrechte älterer Personen in Pflege*, Berlin (Deutsches Institut für Menschenrechte) 2006; auch *Igl*, (Fn. 7), 48 ff.

ten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, das seit dem 26.3.2009 in Deutschland mit dem Rang von Bundesrecht gilt.¹⁹ Gemäß Art. 26 dieser UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) (Habilitation und Rehabilitation) sind die Vertragsstaaten verpflichtet, wirksame und geeignete Maßnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderungen in die Lage zu versetzen, ua. ein Höchstmaß an Unabhängigkeit sowie umfassende körperliche, geistige, soziale und berufliche Fähigkeiten zu erreichen und zu bewahren. Dazu dienen Habilitations- und Rehabilitationsdienste und -programme, insbesondere auf dem Gebiet der Gesundheit. Zum Gesundheitsbereich in diesem Sinne gehört auch die Pflege, auch wenn diese nicht gesondert ausgewiesen ist, was vor allem mit dem Umstand zusammenhängen dürfte, dass die Pflegebedürftigkeit ein relativ junges »soziales Risiko« ist und im Unterschied zu Deutschland in vielen anderen Vertragsstaaten (noch) nicht als solches erkannt und wahrgenommen wird. Pflegedienste sind deshalb als Rehabilitationsdienste iSd. Art. 26 Abs. 1 S. 2 UN-BRK anzusehen mit der Folge, dass die Vertragsstaaten auch zur Gewährung einer menschenwürdigen Pflege verpflichtet sind.²⁰ Auch die aktuelle Diskussion um die UN-Behindertenrechtskonvention mag dazu beitragen, Bewusstsein für das pflegerische Existenzminimum und die entsprechenden staatlichen Schutzpflichten zu wecken und Letztere über die Vorgaben der Verfassung hinaus (S. 123 ff.) zu konkretisieren.

Der von der Verfasserin zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen genommene Pflegenotstand (S. 50 ff.) ist nicht neu. Dies gilt auch für die Gründe, die für diesen Missstand geltend gemacht werden: So ist bereits vor Jahren darauf hingewiesen worden, in der Realität des Pflegeheims liege das entscheidende Defizit da, wo die größten Einsparungen zu erzielen seien, nämlich beim Pflegepersonal (S. 76 f.), verschlechtere sich doch der viel zu niedrig bemessene Personalschlüssel, obwohl nominal gelegentlich leicht angehoben, real immer mehr, weil die Anforderungen an die Pflege sich mit dem stetig steigenden Durchschnittsalter der Heimbewohner erheblich erhöhten, und Gleiches gelte für die Relation zwischen Fach- und Hilfspersonal und die Qualität der Altenpflegeausbildung. Die Folgen seien chronische Überforderung des Personals, extrem hohe Fluktuation und vielfach massive psychische Probleme bei denen, die blieben. Daneben spielten Faktoren wie eine zu hohe psychische und physische Belastung, die geringe gesellschaftliche Anerkennung des Berufes und die unzu-

reichende Bezahlung eine Rolle – alles unter Fachleuten bekannt und unbestritten, für Angehörige und Freunde bedrückend, könnten sie an der Situation meist doch nichts ändern, zumal wenn sie nicht gesetzliche »Betreuer« seien und keine Ansprüche auf Auskunft oder Beteiligung an pflegerischen Entscheidungen der Einrichtung hätten. Für die Pflegebedürftigen selbst sei diese Situation schließlich in aller Regel – Regel, die durch Ausnahmen bestätigt werde – »eine Katastrophe.«²¹ Aufschlussreich ist hier ein Seitenblick auf den Kinderschutz, würde doch nach wohl – so *Gisela Zenz* – einhelligem Verständnis des »Kinderwohls« eine vergleichbare Situation in Kinderheimen, wie sie in Pflegeheimen besteht, unweigerlich zum Entzug der Heimkonzession führen bzw. ihre Erteilung verhindern, mithin sozialrechtliche Maßnahmen auslösen. Auch wenn alte Menschen natürlich keine Kinder sind, sie nicht aufgezogen und erzogen werden müssen und ihr Wohl deshalb dem Kindeswohl nicht inhaltlich gleichzusetzen ist, besteht eine Gemeinsamkeit doch in der besonderen Verletzlichkeit (»Vulnerabilität«) und häufigen Abhängigkeit von anderen Menschen sowie in der besonderen Bedeutung, die familiäre Beziehungen und Strukturen in diesem Zusammenhang haben. Wünschenswert ist deshalb in der Tat auch im Hinblick auf alte und pflegebedürftige Personen Unterstützung vonseiten des Bundesverfassungsgerichts, sind doch strukturell bedingte Grundrechtsverletzungen, namentlich die Verletzung der Menschenwürde, und substantielle Eingriffe in das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit auch dort nicht zu übersehen, wo es um schutzbedürftige alte Menschen geht, mithin insbesondere beim Vorliegen von Pflegebedürftigkeit. Diesbezüglich mag man auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts bereits aus dem Jahre 1975 hinweisen: »Gewiss gehört die Fürsorge für Hilfsbedürftige zu den selbstverständlichen Pflichten des Sozialstaates. (...) Dies schließt notwendig die soziale Hilfe für die Mitbürger ein, die wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen an ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung gehindert und außerstande sind, sich

19 BGBI. 2008 II, S. 1419 ff. – vgl. dazu etwa *Schulte*, ZESAR 2012, 69 ff. – Teil I – und S. 112 ff. – Teil II – mwN.

20 Vgl. in diesem Sinne *Lachwitz*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger* (Hrsg.), Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis. Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013, Art. 26 Rn. 16 u. 18.

21 Vgl. so bereits vor mehr als einem Jahrzehnt *Zenz*, Autonomie und Familie im Alter – (k)ein Thema für die Familienrechtswissenschaft? in: *Simon/Weiss* (Hrsg.), Zur Autonomie des Individuums. Liber Amicorum Spiros Simitis, Baden-Baden 2000, S. 483 ff., 501.

selbst zu unterhalten. Die staatliche Gemeinschaft muss ihnen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie soweit wie möglich in die Gesellschaft einzugliedern, ihre angemessene Betreuung in der Familie oder durch Dritte zu fördern sowie die notwendigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen. Diese allgemeine Schutzpflicht kann natürlicherweise nicht an einer bestimmten Altersgrenze enden: sie muss vielmehr dem jeweils vorhandenen Bedarf an sozialer Hilfe entsprechen.«²²

Zurecht ist auch in diesem Zusammenhang auf die Schwierigkeit hingewiesen worden, gerichtlichen Rechtsschutz zu gewähren – von *Susanne Moritz* am Weg zum Bundesverfassungsgericht exemplifiziert (S. 163 ff.). Bereits früher ist die bis zum heutigen Tag ohne schlüssige Antwort gebliebene Frage gestellt worden: »Wo tauchen sie denn vor Gericht auf, diese Menschen, außer seit einigen Jahren – immerhin – in betreuungsrechtlichen Verfahren? Wer vertritt ihre Rechtsschutz-Interessen, wenn bzw. solange keine Betreuung angeordnet ist?«, und sind in diesem Zusammenhang auch die Berücksichtigung der Spezifika der Lebenslage Alter, beispielsweise des »Zeit-Erlebens« alter Menschen, angemahnt worden, dies etwa in der Weise, dass es alten Menschen ermöglicht werden müsse, den Instanzenweg ggf. auch bis zum Bundesverfassungsgericht zu überleben, sei maW. mithin die Justiz für die Rechte älterer Menschen zu sensibilisieren²³ – zugleich ein anschauliches Plädoyer für die bei der Befassung mit dieser Thematik gebotene interdisziplinäre Kooperation mit den sog. »Alterswissenschaften«, dh. ua. mit Gerontologie, Geriatrie, Gerontopsychiatrie und Gerontopsychotherapie und – aus juristischer Sicht – auch dem Altenrecht.

Der Weg zur Durchsetzung der staatlichen Schutzpflichten ist insoweit beschwerlich und deshalb auch weiterhin diskussionsbedürftig (S. 163 ff.). So ist jüngst im Zusammenhang mit der auch hier zur Diskussion stehenden Justiziabilität sozialer Menschenrechte zurecht darauf hingewiesen worden, dass die rechtsstaatlichen Standards, die in der Eingriffsverwaltung entwickelt worden sind, in der Leistungsverwaltung und damit auch im Zusammenhang mit der Verwirklichung sozialer Grundrechte weniger konsequent umgesetzt werden und deshalb diesbezüglich die Herstellung von Konkordanz anzustreben sei.²⁴

Angesichts des Umstandes, dass die Bundesrepublik Deutschland insbesondere auch im internationalen Vergleich nicht nur ein Rechtsstaat, sondern auch ein Rechts-

wegestaat ist, ist es bemerkenswert, dass Mängel der pflegerischen Versorgung offenkundig recht selten vor Gerichten geltend gemacht werden. Hier sind die praktischen Schwierigkeiten, sein Recht durchzusetzen, allerdings sehr viel größer, als dies selbst im Bereich der Arzthaftung der Fall ist, sind es doch – ausweislich der vorstehend²⁵ angeführten Statistik der Münchener Beschwerdestelle – nicht die Betroffenen selbst (und überraschenderweise auch nur in geringem Umfang deren ggf. auch dazu vor allem berufenen rechtlichen – zumal berufsmäßigen – Betreuer), sondern in der großen Mehrzahl der Fälle Angehörige, die sich darum bemühen, – meist nur im Wege des Verwaltungsverfahrens – Mängel abzustellen, ohne allerdings – falls sie nicht zugleich Betreuer sind – Auskunftsansprüche oder sonstige Beteiligungsrechte zu haben. Gerichtlich werden derartige Verfahren eher selten betrieben, zum einen, weil es am Kläger oder an der Klägerin fehlt, zum anderen, weil der Nachweis und vor Gericht anzutretende Beweis von Fehlverhalten schwierig ist.

»TRANSPARENCY INTERNATIONAL Deutschland eV. – Die Koalition gegen Korruption« hat sich jüngst in einem Bericht mit Transparenzmängeln, Betrug und Korruption im Bereich der Pflege und der Betreuung befasst und in diesem Zusammenhang auch die Pflegewirtschaft »ins Visier genommen« und die bestehenden Kontrollverfahren als zu wenig effizient kritisiert.²⁶ Die Organisation empfiehlt, die Kontrolle über Pflegeeinrichtungen zu verbessern, ua. dadurch, dass der Medizinische Dienst der Krankenkassen und die Heimaufsicht durch Gesetz zur Zusammenarbeit verpflichtet werden. Die wirtschaftliche Zuverlässigkeit und fachliche Qualität von Pflegediensten sei durch regelmäßige und unangemeldete Kontrollen zu

22 BVerfG 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 133 (zur Waisenrente für hilfsbedürftige Waisen gemäß § 44 S. 2 AVG aF.); auch zitiert bei *Zenz*, (Fn. 21), 501.

23 So *Zenz*, (Fn. 21), 507.

24 So jüngst *Kradolfer*, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SJZ/RSAS) 2013, 521, 550.

25 Siehe oben Fn. 5.

26 Vgl. *Stolterfoht/Martiny*, Transparenzmängel, Betrug und Korruption im Bereich der Pflege und Betreuung. Schwachstellenanalyse von TRANSPARENCY Deutschland, Berlin: Oktober 2013 – Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass es auch sonstige öffentliche Stellen gibt, die sich mit einschlägigen Problemen befassen und an die Betroffene und Personen, die sich ihrer annehmen möchten, wenden können: in der bayerischen Landeshauptstadt München etwa neben der bereits erwähnten Beschwerdestelle für Probleme in der Altenpflege (Fn. 5), die kommunale Heimaufsicht, die Opferschutzstelle der Polizei sowie eine Ambulanz für Gewaltopfer am Rechtsmedizinischen Institut der Ludwig-Maximilians-Universität.

überprüfen. Es müsse Sanktionen bei Fehlverhalten geben bis hin zum Verbot für das weitere Betreiben der Pflegeeinrichtungen bei schweren Verstößen. Ein deutschlandweites Register über wirtschaftlich unzuverlässige Pflegeeinrichtungen sei nötig, um Menschen mit Pflegebedarf und ihre Angehörigen vor wirtschaftlichem Schaden zu bewahren. Auch seien die staatsanwaltschaftlichen Kompetenzen auf dem Gebiet des Sozialrechts zu stärken und auszubauen, müssten Schwerpunktstaatsanwaltschaften zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen dem Pflegebereich verstärkt Aufmerksamkeit schenken – Vorschläge, die gewiss nicht in vollem Umfang umzusetzen sind, die aber einen Appell enthalten, der Beachtung verdient.

Darüber hinaus lohnt sich ein Blick über die Grenzen, wo nicht nur wie hierzulande die Betreuer als »Assistenten« und Vertreter betreuungsbedürftiger Personen zur Wahrnehmung derer Interessen auch in stationären Einrichtungen berufen sind,²⁷ sondern in bestimmten Fällen auch unabhängige Dritte, die mit spezifischen Befugnissen (zB Informations- und Beschwerderechten) ausgestattet sind, für die Bewohner tätig werden – so zB die Persönlichen Ombudsmänner für psychiatrische Patienten in Schweden.²⁸ Auch ließe sich die kollektive Rechtsvertretung (zB Heimbeirat) durch eine Einbeziehung außenstehender Dritter und die Stärkung der Mitwirkungsrechte möglicherweise effektiver ausgestalten.

Damit sind einige Alternativen zum Individualrechtsschutz aufgezeigt worden, die nicht als Alternative, sondern als Ergänzung verstanden werden sollten.

Der Weg nach Karlsruhe qua Verfassungsbeschwerde, der dem Vernehmen nach auf Anregung durch die einlei-

tend angesprochene öffentliche Diskussion unter Bezugnahme auf die Studie von *Moritz* von Betroffenen, ua einem potenziell betroffenen Münchener Rechtsanwalt, beschränkt wird, ist gewiss langwierig und steinig und setzt die Ausschöpfung des normalen Rechtsweges voraus, falls dies zumutbar ist.

Man darf im Übrigen gespannt sein, zu welchem Ergebnis der mächtige – jedenfalls der Mitgliederzahl nach – VdK bei der von seiner Vorsitzenden *Ulrike Mascher* angekündigten Prüfung der »juristischen Möglichkeiten« gelangen wird, offenkundigen Missständen mit rechtlichen Schritten beim Bundesverfassungsgericht zu begegnen!²⁹ Die Sozialverbände sowie die sonstigen »Lobbyisten« der Pflegebedürftigen und Heimbewohner sind diesbezüglich in der Vergangenheit allzu zurückhaltend gewesen – vielleicht verständlich angesichts der Schwierigkeiten, hier auf dem Rechts- bzw. Gerichtswege tätig zu werden. *Susanne Moritz* kommt auch das Verdienst zu, nicht nur die juristische Öffentlichkeit wachgerüttelt und zum Handeln animiert zu haben.

Dr. Bernd Schulte³⁰

27 Vgl. zur diesbezüglichen Rolle der Betreuer *Schulte*, *Behindertenrecht* (br) 2013, 169 ff. – Teil I – und 201 ff. – Teil II –.

28 Vgl. dazu *Ganner*, *Betreuungsrechtliche Praxis* (BtPrax) 2013, 171 ff. – Teil I – und 222 ff. – Teil 2 –, 224 f.

29 Vgl. »Wegen Pflege vors Verfassungsgericht«, in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 293 vom 19.12.2013, S. R 20.

30 *Dr. Bernd Schulte*, wissenschaftlicher Referent und Consultant, ehemals Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, Marbachstraße 15 A, D-81369 München, Telefon: +49 (0)89-760 57 91; mobil: +49 (0)179-593 85 96; E-Mail: dr.bernd.schulte@t-online.de.

Zusammenfassungen

Heuschmid: Zur Bedeutung von IAO-Normen für das EU-Arbeitsrecht

SR SR 1/2014, S. 1–13

Der Verfasser untersucht, welche Bedeutung IAO-Normen im europäischen Arbeitsrecht haben, insbesondere wie Kollisionen zu vermeiden und gegebenenfalls aufzulösen sind. Dabei geht das EU-Recht keinesfalls nur vor, sondern muss in bestimmten Konstellationen völkerrechtskonform ausgelegt werden.

Seifert: Neue Formen der Wirtschaftssteuerung in der EU und das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten

SR SR 1/2014, S. 14–31

Der Autor erläutert am Beispiel Portugal die gestraffte Koordinierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und die Krisenbewältigung im Euroraum. Die EU erhalte erheblichen Einfluss auf nationale Arbeitsrechtsordnungen. Die Grenzen einer solchen Einflussnahme auf das innerstaatliche Arbeitsrecht werden erörtert.

Abstracts

Heuschmid: The importance of ILO-Conventions in European labour Law

SR SR 1/2014, p. 1–13

The author compares the integration agreements according to books two and three of the Code of Social Law. He examines recent decisions of the Federal Social Court extensively and supports a recent decision of the 14th senate of this court according to which an agreement takes priority over an administrative act.

Seifert: New forms of economic governance in the EU and labour law in the member states

SR SR 1/2014, p. 14–31

The author gives insight into the tight-ship operation of coordinating economic policies of member states in the EU and the task of overcoming the crises in the eurozone exemplified on the case of Portugal. The EU gains a great influence over national labour law orders. He discusses the limits to this influence over national labour law.

Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

Abhandlungen

- *Wolfgang Däubler: Entgrenzung der Arbeit*
- *Raimund Waltermann: Altersgrenzen und Altersrenten*

Rezensionsaufsätze

- *Wank, Rolf, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht (Markus Bieder)*