

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

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Nachruf

Nachruf auf Professor Dr. jur. Hellmut Wißmann – Erinnerung an einen
europäischen Dialogbereiter

Wolfhard Kohtel/Katja Nebel/Andrea Ritschel _____ Seite **1**

Abhandlungen

Digitalisierte Kommunikation in Arbeitsbeziehungen: Arbeitszeit und -ort,
Mitbestimmung, Unfallversicherungsschutz

Elisabeth Brameshuber _____ Seite **5**

Unionsgrundrechtlicher Kinderrechtsschutz – Praktische Auswirkungen in
der Rechtsprechung und Entwicklungspotentiale ua. im Wirtschafts- und
Arbeitsrecht

Thomas Klein _____ Seite **20**

Rezensionsaufsatz

Erika Kovács:

Ein europäisches Grundrecht auf Kündigungsschutz – Art. 30 GRC

Claudia Schubert _____ Seite **35**

Fairness ist geboten



Hjort / Hjort

Aufhebungsvertrag und Abfindung

Strategien, Tipps und Musterverträge
7., überarbeitete und aktualisierte Auflage
2023. 360 Seiten, kartoniert

€ 26,-

ISBN 978-3-7663-7075-4

bund-shop.de/7075

Viele Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, aber auch Betriebsräte, müssen sich früher oder später mit Aufhebungsverträgen und den damit verbundenen Fragestellungen beschäftigen. Die Verhandlung, der Abschluss und die Gestaltung von Aufhebungsverträgen sind daher oft Gegenstand arbeitsgerichtlicher Urteile. Eine jüngere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts schiebt etwa unlauteren Verhandlungstaktiken der Arbeitgeber einen Riegel vor. Es ist nun zwingend das Gebot fairen Verhandeln zu beachten.

Erfolgreiche Verhandlungsführung benötigt aber auch weiterhin eine zuverlässige und kompetente Einschätzung der eigenen rechtlichen und tatsächlichen Situation. Dieser Ratgeber erklärt alle rechtlichen und strategischen Grundlagen unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung. Das Buch bietet dabei einen leichten Einstieg in die arbeitsrechtlichen Themen und hilft, die Motive des Arbeitgebers richtig einzuschätzen.

Viele praxiserprobte Formulierungsvorschläge und Vertragsmuster erleichtern das erfolgreiche Verhandeln um die besten Konditionen.

Impressum

Soziales Recht

1/2023

ISSN 2193-5157

Februar 2023, 13. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht

(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M., Hochschule Mainz

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Besug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,

Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die

Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des

Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der

vorherigen Zustimmung des Verlages.

Nachruf auf Professor Dr. jur. Hellmut Wißmann – Erinnerung an einen europäischen Dialogbereiter

I. Abschied in Darmstadt, wo einst alles begann

Am 17. Februar 2023 jährt sich der erste Todestag von Professor *Dr. Hellmut Wißmann*. Für viele unerwartet verstarb er zwei Tage nach seinem 82. Geburtstag. Auf Einladung seiner Familie zur Trauerfeier und Beisetzung versammelte sich am 25. März 2022 auf dem Alten Friedhof in Darmstadt eine große Trauergemeinde, um Abschied zu nehmen. Familie, Freundinnen und Freunde, Kolleginnen und Kollegen reihten musikalische und gesprochene Beiträge aneinander und trugen zu einer Abschiedsfeier bei, die gewiss ganz in seinem Sinne war. Die Momente der Andacht und Traurigkeit wurden erhellt durch warmherzig erzählte Episoden und würdigende Rückblicke auf einen geschätzten Wegbereiter und Wegbegleiter und sein von durchweg humanistischen Zielen geprägtes Leben und Lebenswerk. *Hellmut Wißmann* und seine Familie haben im wahrsten Sinne des Wortes ein großes Land durchquert, wie es in den drei Laudationen über »Die Darmstädter Zeit«, »Die Bonner Zeit« und »Die Erfurter Zeit« anschaulich erinnert wurde. *Ingo Prieger*, *Rudolf Anzinger* und *Ingrid Schmidt*, die zu den drei Zeiten Sprechenden, haben mit ihren lebendigen Trauerreden Visionen und Ideale eines Menschen wachgerufen. Mitsamt der schönen musikalischen Umrahmung, wechselnd zwischen Vivaldi und Pfadfindergesängen, wurde den Anwesenden eine gemeinsame Stunde einfühlsamer Ergriffenheit bereitet. Sanft zog die Trauergesellschaft anschließend über den verschneit liegenden Alten Friedhof bis zum Grab, um sich dort in Stille zu verabschieden.

Der Tod von *Hellmut Wißmann* und die Trauerfeier für ihn fielen in eine Zeit, in der durch die bis dahin schon lange anhaltende Pandemielage für nahezu alle Menschen Schicksalsschläge, starke Belastungen und Sorgen um die Zukunft zum realen Leben gehörten. Es ist der Familie von *Hellmut Wißmann* zu verdanken, dass die große Zahl der zum letzten Abschied Versammelten eine Feierstunde

fast unbemerkt von diesen Erschwernissen erleben konnten. Die inspirierende Kraft von *Hellmut Wißmann* war gegenwärtig und wer wollte, konnte auch in dieser Stunde des Abschieds den »Frühling« nach dem »Winter«, vom »Dialog Trio« vorgetragen, nicht nur hören sondern auch spüren und in den Gesang der Pfadfinder zum Lied »Wir wollen zu Land ausfahren« einstimmen und bis zur letzten Strophe mitsingen, in der es heißt:

»Es blüht im Walde tief drinnen
die blaue Blume fein,
die Blume zu gewinnen
ziehn wir ins Land hinein.
Es rauschen die Bäume,
es murmelt der Fluss,
und wer die blaue Blumen finden will,
der muss ein Wandervogel sein.«

Die blaue Blume, die so intensiv und begeistert besungen wurde, hatte *Novalis (Friedrich von Hardenberg)* in die deutsche Literatur eingebracht. Er hatte damals erfolgreich Jura in Wittenberg an der *Leucorea* studiert; dass *Hellmut Wißmann* gerade hier viele Jahre später regelmäßig engagierte Seminare zum Europäischen Arbeitsrecht durchführen würde, hatte sich damals niemand vorstellen können.

II. Stationen auf einem politisch ambitionierten Lebensweg

Hellmut Wißmann, im Februar 1940 in Darmstadt geboren, studierte von 1959 bis 1963 an den Universitäten von Frankfurt aM., Lausanne und Freiburg Rechtswissenschaft. In einer politisch spannenden Zeit absolvierte er in Hessen sein Referendariat und legte 1968 sein Assessor-Examen ab. Nach kurzer Anwaltstätigkeit fand er direkt in die Wissenschaft und arbeitete bis 1972 als

wissenschaftlicher Assistent am Institut für Europarecht der Universität zu Köln. Dort wurde er 1972 promoviert mit der Dissertation »Die Anwendung von Art. 85 des EWG-Vertrages auf Gemeinschaftsunternehmen«, erschienen in den Kölner Schriften zum Europarecht. Anschließend arbeitete er als Referent, später als Referatsleiter beim Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Abteilung Arbeitsrecht, in den Bereichen Mitbestimmung, Grundsatzfragen des Arbeitsrechts, Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Hier war *Hellmut Wißmann* maßgeblich an der Vorbereitung arbeitsrechtlicher Gesetze, auch auf EG-Ebene, beteiligt. Das betraf vor allem die Bereiche des Mitbestimmungsrechts und der Gleichbehandlung. Ebenso war er involviert in die Gestaltung der Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion und die Arbeit am Einigungsvertrag.

1992 wurde er zum Richter am Bundesarbeitsgericht ernannt und war zunächst tätig im 4. Senat mit der Zuständigkeit für Tarifrecht, Tarifauslegung und Eingruppierung. 1994 wechselte er in den 1. Senat und wirkte fortan in Fragen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats, des Arbeitskämpfrechts und der Koalitionsfreiheit an der Rechtsprechung mit. Zugleich wurde er Pressesprecher des Bundesarbeitsgerichts. 1999 übernahm er den Vorsitz des 1. Senats und wurde zum Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts berufen. Er füllte das Amt bis zu seiner Pensionierung Ende Februar 2005 aus. Seine erste und vorrangigste Aufgabe bei Amtsantritt im Jahre 1999 war die Bewältigung des Umzugs des Bundesarbeitsgerichts von Kassel nach Erfurt.

Hellmut Wißmann war seit 2001 Honorarprofessor für deutsches und europäisches Arbeitsrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Er war der erste Honorarprofessor, den die Juristische Fakultät nach ihrer Wiedergründung nach der Wiedervereinigung bestellt hat.

Mit einer Vielzahl an Veröffentlichungen hat er über Jahrzehnte auch publizistisch zur Fortentwicklung des Arbeits- und Unternehmensrechts beigetragen. Er war Mitherausgeber der »Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht« und der Zeitschrift »Recht der Arbeit« sowie zusammen mit *Karl Fitting* und *Otfried Wlotzke* Mitbegründer des bis heute im Verlag *Franz Vahlen* erscheinenden Kommentars zum Mitbestimmungsrecht.

Hellmut Wißmann hat sich in vielen Dingen positiv abgehoben, ohne erhaben zu sein. Ohne es besonders zu

thematisieren, war ein mit dem eigenen beruflichen Schaffen zu vereinbarendes Familienleben mit Kindern und später auch Enkelkindern für ihn offensichtlich ganz selbstverständlich. Und dass dies nicht hieß, die Ehefrau müsse traditionell auf die eigene Berufsausübung verzichten, konnte erfahren, wer mit *Veronika Wißmann* ins Gespräch kam oder auch heute noch bei sich bietenden und von ihr gern genutzten Gelegenheiten ins Gespräch kommt, wie anlässlich von Antrittsvorlesungen von Honorarprofessorinnen im Arbeitsrecht an der Martin-Luther-Universität in Halle-Wittenberg.

III. Wichtige Wegmarken

1. Mitbestimmung, Gleichstellung und Europäisches Arbeitsrecht

Als Fundament seiner Laufbahn hatte er eine der ersten Dissertationen zum Europäischen Wirtschaftsrecht verfasst, bevor er in seiner Tätigkeit als Leiter des Referats »Mitbestimmung, Grundsatzfragen des Arbeitsrechts« im damaligen Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung in der Arbeitsgruppe des Ministerrates die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen zur Stellung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft vorbereitet hatte.

Nach seiner Berufung zum Richter an das Bundesarbeitsgericht im Jahr 1992 hatte er beim zweiten Europarechtlichen Symposium des Bundesarbeitsgerichts ein wichtiges Referat über die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zum Recht der Massenentlassungen gehalten, das die lebhaft entwickelte dieses Themas nachhaltig gefördert hatte. Als er 1999 zum Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts ernannt worden war, hatte er diese von seinem Vorgänger *Thomas Dieterich* gegründete Veranstaltungsreihe fortgesetzt und sie zu einem anerkannten Forum und einem Markenzeichen des Bundesarbeitsgerichts gemacht.

Ebenso hatte er von Anfang an die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zur Geschlechtergleichberechtigung in Deutschland bekannt gemacht und in profilierten Veröffentlichungen unterstützt. Dies war auch die Basis für seinen Beitrag zu Geschlechterquoten im mitbestimmten Aufsichtsrat in der Festschrift für *Armin Höland*, mit dem er sich für solche Quoten eingesetzt und zugleich Defizite der deutschen Gesetzgebung kritisiert hatte.

Zu seiner Verabschiedung als Präsident im Jahr 2005 wurde er geehrt mit der von *Rudolf Anzinger*, *Hans-Jürgen Dörner* und *Wolfhard Kohte* herausgegebenen Festschrift »Arbeitsrecht im Sozialen Dialog«. Dieser Titel war für ihn fachliches und persönliches Programm. Die Arbeitsgerichtsbarkeit – und vor allem auch das Bundesarbeitsgericht selbst – hat sich als ein wichtiger Ort des sozialen Dialogs etabliert, denn die Beteiligung der Verbände – vor allem in Gestalt der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter – ist inzwischen auf allen Ebenen ein prägendes Strukturmerkmal. Der soziale Dialog gehört aber auch zu den Grundregeln des europäischen Arbeitsrechts. Zentrale Richtlinien des Unionsrechts, zB. zur Einsetzung Europäischer Betriebsräte sowie zur Beteiligung der Arbeitnehmer im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, zielen auf die Verankerung dieses Dialogs in den Betrieben und Unternehmen. Vor allem hatte *Hellmut Wißmann* über 50 Jahre in unterschiedlichen Rollen als Ministerialbeamter, Richter und Kommentator am Recht der Unternehmensmitbestimmung mitgewirkt. Seine Handschrift war nicht zu übersehen im 2006 vorgelegten Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung. Deutlich war dies bei den dort unterbreiteten Vorschlägen, wie eine rechtssichere Einbeziehung ausländischer Belegschaften in das Mitbestimmungsverfahren realisiert werden kann. In aktuellen Veröffentlichungen vertiefte er diese Vorschläge und kritisierte die letztlich erfolglosen Versuche, die deutsche Mitbestimmung in schiefer Schlachtordnung am EuGH anzugreifen. In seiner letzten Veröffentlichung in der Festschrift für *Ulrich Preis* setzte er sich mit neuen grenzüberschreitenden Spaltungen von Gesellschaften auseinander, mit denen die Mitbestimmung im Aufsichtsrat eliminiert oder geschwächt werden sollte. Er zeigte aber auch Wege, wie dieser Mitbestimmungsfährdung mit Instrumenten der Mitbestimmungsbeibehaltung begegnet werden kann. Das war konsequent zu seinem wissenschaftlichen Beginn, in dem er gemeinschaftsrechtliche Modalitäten der Kontrolle wirtschaftlicher Macht untersucht hatte. Dieses Ziel hatte er damit fast 50 Jahre in der Auseinandersetzung mit alten und neuen Herausforderungen engagiert und diskursiv verfolgt.

2. Hochschullehrer

Hellmut Wißmann hat sich schon vor seiner Ernennung zum Honorarprofessor 2001 in der Hochschullehre der Hallenser Juristischen Fakultät engagiert, die als eine von wenigen Fakultäten bis heute mit zwei arbeitsrechtlichen Professuren in Deutschland ausgestattet ist. Er hat sich schon in den 1990er Jahren in das Lehrangebot eingebracht und war viele Jahre als Lehrender aktiv, vor allem im Europäischen Arbeitsrecht, im Recht der Unternehmensmitbestimmung und im kollektiven Arbeitsrecht. Seit 2001 hat er regelmäßig Seminare zusammen mit *Wolfhard Kohte* durchgeführt. Seine Lehre stieß stets auf ein sehr positives Echo bei den Teilnehmerinnen und Teilnehmern. Aber auch für Doktorandinnen und Doktoranden der Fakultät waren seine Impulse von großer Bedeutung.

Arbeitsrecht im sozialen Dialog war für ihn gelebte persönliche Praxis, denn der Dialog war eine von ihm besonders geschätzte und gepflegte Form der Kommunikation, die er gerade in den Seminarveranstaltungen besonders förderte. Regelmäßig bot er Studierenden Gelegenheit zum Besuch der Sitzungen des Ersten Senats, die sich unter seiner Leitung als ein Ort des intensiven Dialogs aller Beteiligten um richtige und gerechte Lösungen erwiesen. Ihm war es stets wichtig, mit jungen Juristinnen und Juristen zu kooperieren, zu diskutieren und seine Erfahrungen weiterzugeben. Damit hat er den Aufbau und das Ansehen der Halleschen Juristischen Fakultät gefördert und auch im Bereich der Forschung vielfältige fachliche und persönliche Anregungen vermittelt. So hat *Hellmut Wißmann* als Zweitgutachter an erfolgreichen Promotionen mitgewirkt. Bis kurz vor seinem Tod war er der Wissenschaft und Lehre eng verbunden, interessiert an der Entwicklung der Fakultät, deren Universität ihn zum Honorarprofessor bestellt hatte.

Viele Menschen waren ihm verbunden und dankbar. Aus eigener Erfahrung wie aus Erzählungen von anderen wissen wir um seine besondere Rolle als Unterstützer und Ermutiger. Egal, ob als richterlicher Kollege oder als akademischer Lehrer, *Hellmut Wißmann* hat vor allem auch Frauen ermuntert, eigenständige und unbequeme Wege zu gehen, sich statt für vermeintlich sichere Positionen für Aufbruch zu entscheiden. Seine Bereitschaft, andere in

ihrem Tun zu bestärken, zieht sich, und dies wurde auch auf der Trauerfeier in Darmstadt besonders deutlich, wie ein roter Faden durch sein Leben. *Hellmut Wißmann* war konsequent im Einsatz nicht nur für die Sache, sondern auch für die Menschen, denen er begegnete und mit denen er zusammenwirkte. So trugen auch seine Lehrveranstaltungen diese Handschrift. Geduldig ging *Hellmut Wißmann* in den Vorlesungen und Seminaren auch auf Nichtjuristen und Nichtjuristinnen ein, wenn er Studierenden der Personalwirtschaft die Rechtssystematik und vor allem auch das Zustandekommen richterlicher Entscheidungen erklärte. Er sah den einzelnen Menschen stets als Ganzes. Seine Offenheit und spürbare Freude am inhaltlich anspruchsvollen, aber zugleich wertschätzenden Diskurs auf Augenhöhe gab vor allem auch Studierenden die nötige Sicherheit, sich einbringen zu können.

Die Trauerfeier in Darmstadt hat eindrücklich gezeigt, auf welche vielfältige Weise *Hellmut Wißmann* Menschen begeistern und mitnehmen konnte. Unter Juristinnen und

Juristen wird sein Name in erster Linie als Arbeitsrechtler, Richter und Präsident des Bundesarbeitsgerichts wahrgenommen. Wer ihn schon ein wenig persönlicher kennenlernen konnte, der wusste um seine Begeisterung für gemeinsames Wandern und das Zusammensein in der Natur. Diese Mischung aus Ernsthaftigkeit in der gedanklichen Arbeit und der Leichtigkeit in der unternehmerischen Abwechslung in der Natur haben ihn ausgezeichnet. Er konnte ganz ohne Erhabenheit beflügeln und mit ihm gemeinsam war es stets leichter, Straßen und Flüsse zu überqueren. *Hellmut Wißmann* wird der arbeitsrechtlichen Community insgesamt wie auch vielen ihrer Mitglieder und so auch uns fehlen. Die Erinnerung an seine Arbeit und seine Person wird uns über seinen Tod hinaus lebendig und inspirierende Quelle bleiben.

*Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Prof. Dr. Katja Nebe und
Dr. Andrea Ritschel,
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

Digitalisierte Kommunikation in Arbeitsbeziehungen: Arbeitszeit und -ort, Mitbestimmung, Unfallversicherungsschutz

Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Brameshuber, Universität Wien

I. Einleitung

»Mittags ins Freibad, abends arbeiten« – ist das zulässig?¹ Kann Vertrauensarbeitszeit zulässigerweise ohne Arbeitszeitaufzeichnungen erbracht werden? Und: Kann es einen Unterschied machen, wo ich mich arbeitend aufhalte – zuhause oder im Kaffeehaus – wenn mir dann eine Lampe auf den Kopf fällt und meine Erwerbsfähigkeit gemindert wird? Während sich diese Fragen in vielen Beschäftigungsbereichen naturgemäß gar nicht stellen, so liest man in den Medien beinahe wöchentlich von Videocalls auf der Couch, Texten am Strand oder der »Work from Anywhere-Kultur«.² Es scheint fast, als seien Home-Office und damit verbundene digitale Anwesenheitspflichten in manchen Bereichen (bereits wieder) Schnee von gestern.

Unabhängig davon, ob »nur« disloziertes Arbeiten in Bezug auf den Arbeitsort oder aber auch »asynchrones« Arbeiten stattfindet – die betriebliche Mitbestimmung scheint durch alle Phänomene, die eine Disruption der betrieblichen Gemeinschaft darstellen, auf die Probe gestellt. Man könnte auch die Frage stellen, wie fit die Betriebsverfassung für das digitale Zeitalter ist. Mit diesen arbeitsrechtlichen Fragen eng verbunden ist jene nach der Reichweite des Unfallversicherungsschutzes. Aus dem Blickwinkel der Versichertengemeinschaft könnte man auch formulieren: Wird nun »das Allgemeinrisiko schlechthin« auf die Versichertengemeinschaft überwälzt?

Während sich sowohl die österreichischen Instanzgerichte als auch der OGH im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen im Wohnhaus der versicherten Person auch deshalb veranlasst sahen, von ihrer bisherigen Judikatur abzugehen (bzw. in einem ersten Schritt die Revision an das Höchstgericht zuzulassen), weil das BSG seine bisherige Judikatur geändert hat, so könnte umgekehrt ein Blick auf die österreichische Rechtslage zu

Arbeitszeitaufzeichnungen für die deutsche Diskussion fruchtbringend sein,³ gerade nach dem BAG-Beschluss vom 13. September 2022⁴ scheint eine Lösung auf legislativer Ebene mehr denn je geboten.

Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin bei der 38. Tagung für Rechtsvergleichung, veranstaltet von der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, im September 2022 gehalten hat.⁵ Die anschließende Diskussion hat gezeigt, dass digitalisierte Kommunikation der Arbeitsbeziehungen in den Bereichen Arbeitszeit, Arbeitsort, Mitbestimmung und Unfallversicherungsschutz in Deutschland und Österreich in vielen Bereichen ähnliche Fragen aufwirft. Während die Gerichte den rechtsvergleichenden Blick nicht scheuen, scheinen die Gesetzgeber insofern Scheuklappen vor den Augen zu haben. Die Verfasserin hofft, mit den nachstehenden Ausführungen, die die österreichische Rechtslage zum Ausgangspunkt haben, gleichzeitig aber auch die Querverbindungen zur deutschen Rechtslage herstellen, zumindest eine Horizonterweiterung zu ermöglichen.

II. Arbeitszeit und -ort

Zunächst kann mit Blick auf die Pandemie und die Zunahme von Homeoffice festgehalten werden, dass das

1 <https://www.derstandard.at/story/2000137836950/asynchrone-arbeitszeiten-mittags-ins-freibad-abends-arbeiten> (2.11.2022).

2 <https://www.derstandard.at/story/2000137836950/asynchrone-arbeitszeiten-mittags-ins-freibad-abends-arbeiten> (2.11.2022).

3 Vgl. bereits Jacobs, FS Plagemann, 2020, S. 661.

4 BAG, 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 – DSr 2022, 2012. Nota bene, dass im Zeitpunkt der Manuskriptabgabe noch keine Ausfertigung des Beschlusses vorlag.

5 Die Vortragsform wurde daher auch weitgehend beibehalten.

österreichische Arbeitszeitrecht vom sogenannten »Homeoffice-Maßnahmenpaket«⁶, unberührt geblieben ist. Welche Rahmenbedingungen geben aber nun Arbeitszeit- und Arbeitsruhezeit bei Homeoffice und in Zusammenhang mit dem Einsatz digitaler Kommunikation vor? Dabei stellt sich vor allem die Frage, ab wann Arbeitszeit vorliegt – Stichwort Abrufen von Mails zu Mitternacht (nota bene: ein »Recht auf Nichterreichbarkeit«, wie etwa in Frankreich, wurde in Österreich gesetzlich bislang nicht verankert). Spätestens seit dem BAG-Beschluss vom 13. September 2022 ist auch (wieder) die Frage nach der Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen der Reichweite der Verpflichtung, Arbeitszeitaufzeichnungen vorzunehmen, auf der einen Seite und der Gewährleistung der täglichen Ruhezeit auf der anderen Seite virulent geworden. Schließlich stellt sich die Frage: Für wen bzw. ab wann darf eine Ausnahme vom Arbeitszeitrecht statuiert werden? Eng verbunden mit der Frage der Arbeitszeit ist naturgemäß jene des Arbeitsortes, wiederum aber nicht nur in Zusammenhang mit Homeoffice. Anders als der Gesetzeswortlaut – Homeoffice-Maßnahmenpaket – vermuten lässt, erfolgte damit auch in Österreich keine gänzliche Neuordnung des Begriffes des Arbeitsortes.

1. Arbeitszeit

Das AZG (Arbeitszeitgesetz)⁷ definiert Arbeitszeit als »Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen« (§ 2 Abs. 1 Z. 1) und hält weiters fest, dass es sich dabei auch um die Zeit handelt, »während der ein im übrigen im Betrieb Beschäftigter in seiner eigenen Wohnung oder Werkstätte oder sonst außerhalb des Betriebes beschäftigt wird« (Abs. 2). Trotz des Wortlauts »ein im übrigen im Betrieb Beschäftigter« fallen nach ganz hA. auch Arbeitnehmer, die ausschließlich disloziert arbeiten, in den Anwendungsbereich des AZG; dies zeigt insbesondere der Blick auf den Telos des § 2 Abs. 2 (Schutz des Arbeitnehmers davor, dass in unzulässiger Menge Arbeit nach Hause mitgegeben wird⁸). Doch auch aus einer systematischen Interpretation (die Saldenaufzeichnungsmöglichkeit des § 26 Abs. 3 AZG würde sonst ihres Anwendungsbereiches beraubt) resultiert, dass ausschließlich disloziert arbeitende Arbeitnehmer in den Anwendungsbereich des AZG fallen;⁹ mit anderen Worten: Die Wortfolge »ein im übrigen im Betrieb Beschäftigter« ist hier entsprechend teleologisch zu reduzieren.¹⁰

Stichwort Anwendungsbereich: Mit der AZG-Novelle 2018¹¹ wurden die Ausnahmebestimmungen vom Anwendungsbereich erweitert: Ausgenommen sind seitdem, anders als in Deutschland, nicht nur leitende Angestellte, sondern auch sonstige Arbeitnehmer, »denen maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis übertragen ist und deren gesamte Arbeitszeit auf Grund der besonderen Merkmale der Tätigkeit a) nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird, oder b) von diesen Arbeitnehmern hinsichtlich Lage und Dauer selbst festgelegt werden kann«. Damit wurde von der Möglichkeit nach Art. 17 Abs. 1 lit. a RL 2003/88/EG Gebrauch gemacht, der ja nicht nur auf leitende Angestellte, sondern auch auf »sonstige Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis« abstellt. Äußerst verkürzt wird diese Ausnahmebestimmung wie folgt interpretiert: Sie erfordere ein sehr hohes Maß an Zeitsouveränität, das sich aus der Tätigkeit ergibt.¹² Umschrieben wird dies auch als »tätigkeitskausale Zeitautonomie«; der Arbeitnehmer müsse nach pflichtgemäßer Selbsteinschätzung rückfrageunabhängig (wie auch berichtsunabhängig¹³) selbständig Prioritäten setzen können; dies für nicht planbare Verläufe wie für Planbares.¹⁴ Eine Führungsfunktion ist zwar per se für die »maßgebliche selbständige Entscheidungsbefugnis« nicht erforderlich, und auch die bloß formelle Stellung in der betrieblichen Hierarchie (etwa 3. Führungsebene) allein sage noch nichts aus.¹⁵ Führungsarbeit könne jedoch Indizwirkung für die Maßgeblichkeit zukommen.¹⁶ Hinsichtlich der zwei Alternativkriterien wird festgehalten, dass in jedem Fall die gesamte Arbeitszeit erfasst sein müsse. Die Nichtmessung/Nichtfestlegung (a) bzw. die flexible Festlegung

6 BGBl. I 2021/61.

7 StF. BGBl. 1969/461.

8 Zur Entstehungsgeschichte Auer-Mayer, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, 4. Aufl., Wien 2019, § 2 Rn. 36 mwN.

9 So auch Auer-Mayer, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 2 Rn. 38.

10 Vgl. Mathy, in: Felten/Trost (Hrsg.), Homeoffice, Wien 2021, Rn. 10.17 f. mwN.

11 BGBl. I 2018/53.

12 Auer-Mayer, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 1 Rn. 32 ff.

13 Wird die Arbeitszeit zwar nicht in Echtzeit, aber indirekt via Berichtspflichten über die erbrachten Tätigkeiten gemessen, so soll eine »Messung« vorliegen, sodass das Kriterium »Nichtmessung« (a) nicht erfüllt sei: Gasteiger/Heilegger, in: Gasteiger/Heilegger/Klein (Hrsg.), Arbeitszeitgesetz, 7. Aufl., Wien 2021, § 1 Rn. 82 ff., unter Verweis auf EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – ECLI:EU:C:2017:617 (Hälvä ua.), Rn. 38.

14 Schrank, in: Schrank (Hrsg.), Arbeitszeit Kommentar, 6. Aufl., Wien 2021, § 1 Rn. 42i ff.

15 Auer-Mayer, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 1 Rn. 32 ff.

16 Schrank, in: Schrank (Fn. 14), § 1 Rn. 42i ff.

(b) müsse sich aus den besonderen Merkmalen der Tätigkeit als solcher ergeben. Die bloße Vereinbarung von Vertrauensarbeitszeit oder von Gleitzeit alleine reiche daher nicht aus.¹⁷ Wird die Arbeitszeit zwar nicht in Echtzeit, aber indirekt via Berichtspflichten über die erbrachten Tätigkeiten gemessen, so soll eine »Messung« vorliegen, sodass das Kriterium »Nichtmessung« (a) nicht erfüllt sei.¹⁸ Eine flexible Selbstfestlegung (b) liege nicht bereits dann vor, wenn die Zeiteinteilung einmalig selbst erfolgt; auf der anderen Seite wird das gänzliche Fehlen eines vertraglich geschuldeten Ausmaßes an Normalarbeitszeit nicht gefordert.¹⁹

Vorstellbar sind in diesem Zusammenhang gewichtige Projektleitungen, gewichtige Vertriebstätigkeiten mit erheblichen Verhandlungsspielräumen oder gewichtige heikle Vor-Ort-Montagen mit erheblichem Problempotenzial und Entscheidungserfordernissen oder aber auch die Tätigkeit von Experten wie Anwälten oder Wissenschaftlern (zB. betriebliche Spitzenforschung, für die über das AZG hinausgehende Zeitflexibilität erforderlich ist).²⁰ Nota bene: Höchstgerichtliche Judikatur zu dieser Ausnahmebestimmung gibt es noch nicht.

In der weiteren Folge soll diese Ausnahme jedoch außen vor gelassen werden, denn eine entsprechende selbständige Entscheidungsbefugnis wird nicht in jedem Fall des digitalen Arbeitens gegeben sein. Ebenfalls nicht weiter vertieft werden soll die Frage nach dem Vorliegen von Bereitschaftszeiten²¹, wiewohl auch dies eng in Verbindung mit der jederzeitigen Smartphone-Erreichbarkeit steht.²²

a) Entgrenzte Arbeitszeit – Atomisierung der Arbeitszeit – Einhaltung von Ruhezeiten

Von besonderem Interesse ist die mindestens elfstündige Ruhezeit gem. § 12 AZG, der Art. 3 der RL 2003/88/EG umgesetzt. Wird diese nun durch Arbeiten mittels digitaler Kommunikationsmittel, etwa durch das nächtliche Abrufen dienstlicher Mails am Mobiltelefon, unterbrochen? Daran schließt eine Vielzahl von Fragen an, etwa, ob es sich dabei noch um Normalarbeitszeit oder bereits um eine Überstunde handelt²³, ob an die unterbrochene Ruhezeit wieder eine volle Ruhezeit anschließen muss, oder ob für die Zeit der dann verunmöglichten Erbringung der geplanten Arbeitsleistung (am nächsten Tag) ein Entgeltanspruch besteht.²⁴ Die Ruhezeitbestimmungen wurden auch nicht im Zuge des Homeoffice-Paketes

geändert, wiewohl der Gesetzgeber die Möglichkeit gehabt hätte, entsprechend Art. 18 RL 2003/88/EG²⁵ die Kollektivvertragspartner zu ermächtigen und sohin einen Gestaltungsspielraum einzuräumen.²⁶

Zur Beantwortung der Frage, ob die Ruhezeit unterbrochen wird, kann auf die Diskussion zur *Atomisierung der Arbeitszeit* zurückgegriffen werden: *Kurze Unterbrechungen der Arbeit* – nicht nur durch »Gähnen, Kratzen, Husten«²⁷, sondern auch durch den Gang in die Küche, um Wasser zu holen, den Ordnungsruf an die Kinder (im Homeoffice), den Kaffeetratsch zwischendurch – sollen *keine Unterbrechung der Arbeitszeit* darstellen. Argumentiert wird, dass dem Gesetzgeber solch kurzfristige Unterbrechungen »zweifellos bekannt waren«, weshalb dies bewusst keiner Regelung zugeführt wurde, sodass von Arbeitszeit auszugehen sei.²⁸ Grenze muss dabei tatsächlich die kurze Dauer der Unterbrechung sein.

Geht man von Reziprozität aus, müsste auch argumentiert werden können, dass lediglich *kurze*, in ihrer *Intensität*

17 Auer-Mayer, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 1 Rn. 32 ff.

18 Gasteiger/Heilegger, in: Gasteiger/Heilegger/Klein (Fn. 13), § 1 Rn. 82 ff., unter Verweis auf EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – ECLI:EU:C:2017:617 (Hälva ua.), Rn. 38.

19 Gasteiger/Heilegger, in: Gasteiger/Heilegger/Klein (Fn. 13), § 1 Rn. 82 ff.

20 Gasteiger/Heilegger, in: Gasteiger/Heilegger/Klein (Fn. 13), § 1 Rn. 82; Schrank, in: Schrank (Fn. 14), § 1 Rn. 42i ff, 50a f.

21 Eine aktuelle Einordnung der vom EuGH entschiedenen Rechtsfragen in die österreichische Diskussion findet sich bei Bartmann, ZAS 2022, 239 ff.

22 Ausführlich dazu, insbesondere zur Frage, ob die Regelungen zur Rufbereitschaft gem. § 20a AZG bei Smartphone-Dauererreichbarkeit in toto oder nur eingeschränkt zur Anwendung kommen, etwa Risak, ZAS 2013, 298. Hier sei (nur) um des besseren Verständnisses Willen darauf hingewiesen, dass das österreichische Recht sehr wohl Kategorien zwischen Arbeits- und Ruhezeit kennt. Stark verkürzt sind Zeiten bloßer Rufbereitschaft keine Arbeitszeit; Beschränkungen existieren dennoch im Hinblick auf die Zulässigkeit (Häufigkeit); Zeiten der Arbeitsbereitschaft zwar schon, allerdings kann – offensichtlich aufgrund der Annahme, der Arbeitnehmer würde weniger intensiv in Anspruch genommen – bei Arbeitsbereitschaft die Normalarbeitszeit als auch die höchstzulässige Arbeitszeit ausgedehnt werden. Auch eine geringere Entlohnung wird unter gewissen Voraussetzungen akzeptiert (zu alldem mwN. Auer-Mayer, FS Pfeil, 2022, S. 5). Für Rufbereitschaft kann Unentgeltlichkeit vereinbart werden; ist dies nicht der Fall, gebührt nach der Judikatur ein angemessenes Entgelt (etwa OGH, 25.1.2019 – 8 ObA 61/18f – ECLI:AT:OGH0002:2019:008OBA00061.18F.0125.000.)

23 Dazu sogleich infra.

24 Risak, ZAS 2013, 296 ff.; Auer-Mayer, FS Pfeil, 2022, S. 6 ff.; Holuschka, in: Klawitter et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im Zeitalter der Digitalisierung, Baden-Baden 2020, S. 74 ff.

25 S. Gallner, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022, Art 18 RL 2003/88/EG Rn. 1.

26 Mathy, Homeoffice (Fn. 10), Rn. 10.34; Felten, DRdA 2020, 519.

27 Resch, in: Brodil (Hrsg.), Entgrenzte Arbeit, Wien 2016, S. 9.

28 Ua. Resch, in: Brodil (Fn. 27), S. 9; Gerhartl, ASoK 2019, 366 f.; aA. Bremm, wbl 2020, 421.

vernachlässigbare tatsächliche Unterbrechungen der Ruhezeit diese rechtlich ebenfalls nicht unterbrechen.²⁹ So wird etwa auch in Österreich davon ausgegangen, dass bei »sehr kurze(n), meist nur einige Minuten oder weniger dauernde(n), punktuelle(n) Arbeitsleistungen in Form von Telefonaten oder kurzen Mails (...) in Intensität und Inhalt von der ›vollen Arbeitsleistung‹ unterschiedliche Leistungserbringung(en)« gegeben sind³⁰. Hier würden »nur in ganz untergeordneter Weise Verhaltensbindungen« vorliegen.³¹ An einschlägiger Judikatur fehlt es allerdings.

Daran knüpft sodann jedoch auch die Frage an, ob wegen einer geringen Verhaltensbindung (dann, wenn der Arbeitgeber gar keine Mailbeantwortung erwartet) auch keine Arbeitszeit vorliegt.³² Angesichts der grundsätzlich von einem dualen Verständnis – Arbeitszeit vs. Ruhezeit – ausgehenden EuGH-Judikatur scheint dies jedenfalls klärungsbedürftig; wiederum angesichts der EuGH-Judikatur ist auch nicht weiter verwunderlich, dass ebenfalls diskutiert wird, ob nicht eventuell von »Bereitschaftszeit« auszugehen wäre.³³ Versucht man diesen Problemaufriss zu systematisieren, so können drei Fallgruppen gebildet werden.

(1) Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich in ein Zeitkorsett eingebunden (zB. Arbeit regelmäßig von 8–16.30 Uhr), überprüft dennoch vor dem Einschlafen seine E-Mails.

Zu differenzieren ist hier zunächst vor allem, in welcher Regelmäßigkeit³⁴ dies geschieht, ob eine entsprechende Erwartungshaltung seitens des Arbeitgebers besteht, ob dieser einschlägigen Druck auf den Arbeitnehmer ausübt. Besteht weder eine entsprechende Verpflichtung noch Erwartungshaltung seitens des Arbeitgebers und übt dieser auch keinen dahingehenden impliziten Druck auf den Arbeitnehmer aus, so kann mit guten Gründen (es darf auf das Reziprozitätsargument verwiesen werden) argumentiert werden, dass jedenfalls eine sporadische Maillektüre die Ruhezeit nicht unterbricht.³⁵

Liegt aber dennoch Arbeitszeit vor? Bei tatsächlicher Freiwilligkeit wird die Frage gestellt, ob der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber tatsächlich »zur Verfügung steht«, denn dies verlangt ja die Definition des Arbeitszeitbegriffes.³⁶ Zusammengefasst lässt sich der Meinungsstand wie folgt festhalten: Wird der Arbeitnehmer ausschließlich aus eigenem Antrieb tätig, liegt auch keine Arbeitszeit vor.³⁷ Werden hingegen weiterreichende Leistungen erbracht (als Folge der Maillektüre das Verfassen und Abschicken eines

Mails; ein Anruf) und kommt es häufig zu Arbeitseinsätzen, so soll Arbeitszeit vorliegen.³⁸ Als Rufbereitschaft³⁹ – argumentum a minori ad maius erst recht nicht als Arbeitszeit – wird im Übrigen Smartphone-Erreichbarkeit ganz generell dann nicht angesehen, wenn nur punktuelle und kurze Leistungen in geringer Frequenz zu erwarten sind.⁴⁰ Dies müsste umso mehr gelten, wenn der Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb vor dem Schlafengehen noch einmal Mails abrufen.

Ob tatsächlich »Freiwilligkeit« vorliegt, könnte unter Heranziehung der Judikatur zu aufgedrängten Überstunden⁴¹ gelöst werden.⁴² Stark verkürzt würde dies bedeuten, dass der Arbeitnehmer nicht freiwillig leistet, wenn

29 Glowacka, JAS 2020, 130.

30 Risak, ZAS 2013, 299.

31 Mazal, in: Kietaihl/Schörghofer/Schrannel (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtskunde: Liber Amicorum für Robert Rebhahn, Wien 2014, S. 67.

32 Dagegen für Deutschland etwa Jacobs, NZA 2016, 732 f.

33 Auer-Mayer, FS Pfeil, 2022, S. 4 f.

34 Vgl. auch EuGH, 9.3.2021 – C-344/19 – ECLI:EU:C:2021:182 (Radiotelevizija Slovenija), Rn. 51 ff.; EuGH, 9.3.2021 – C-580/19 – ECLI:EU:C:2021:183 (Stadt Offenbach), Rn. 50 ff.

35 Vgl. Resch, in: Brodil (Fn. 27), S. 16.

36 Holuschka, in: Klawitter et al. (Fn. 24), S. 85 f.

37 Auer-Mayer, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 2 Rn. 37.

38 Vgl. auch Auer-Mayer, FS Pfeil, 2022, S. 9.

39 Gem. § 20a AZG, eingeführt durch BGBl. I 1997/46. Diese Vorgaben sind, wenn man Smartphone-Dauererreichbarkeit in diesem Kontext diskutiert, deshalb von Bedeutung, weil das Gesetz Einschränkungen im Hinblick auf die Anzahl an Rufbereitschaftszeiten vorsieht (zehn Tage pro Monat oder aber, wenn der Kollektivvertrag dies zulässt, an 30 Tagen innerhalb von 30 Monaten); zudem darf für Rufbereitschaftszeiten nach wohl hA. auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden (Nota bene, dass dies alles auch mit Blick auf die jüngste EuGH-Judikatur zu Rufbereitschaften zu sehen ist; liegt Arbeitszeit im Sinne dieser Judikatur vor, ist diese natürlich wie reguläre Arbeitszeit zu entlohnen. Ausführlich Bartmann, ZAS 2022, 245). Besonderes gilt auch im Zusammenhang mit Ruhezeiten und Rufbereitschaft: Wird diese vereinbart und erbringt die Arbeitnehmerin währenddessen Arbeitsleistungen – also etwa dann, wenn Anrufe entgegengenommen werden –, dann kann die tägliche Ruhezeit unter gewissen Voraussetzungen unterbrochen werden; ein Teil der Ruhezeit muss jedoch mindestens acht Stunden betragen (S. zu alldem auch Risak, ZAS 2013, 300). Im Vordergrund steht hier die Gewährleistung der Erholung des Arbeitnehmers; wird die Ruhezeit von acht Stunden dennoch unterbrochen, und sei es auch nur durch eine kurze Kontaktaufnahme seitens des Arbeitgebers, so hat daran eine neue Achtstundenuhrzeit anzuknüpfen. Zur Frage, ob in diesem Fall Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann, Risak, ZAS 2013, 300; differenzierend Schrank, in: Schrank (Fn. 14), § 20a Rn. 19.

40 Risak, ZAS 2013, 301.

41 Nota bene: Diese Frage wird deshalb insbesondere im Zusammenhang mit der Überstundenarbeit, und nicht etwa im Zusammenhang mit der Einhaltung der Ruhezeit von mindestens elf Stunden nach Beendigung der Tagesarbeitszeit (gem. § 12 Abs. 1 AZG) releviert, weil nach den einseitig zwingenden gesetzlichen Vorgaben für jede Überstunde ein 50-prozentiger Zuschlag in Entgelt, und nur bei entsprechender abweichender Vereinbarung als Zeitausgleich gebührt (§ 10 Abs. 1, 2 AZG).

42 Vgl. ebenfalls Holuschka, in: Klawitter et al. (Fn. 24), S. 85 f.

die *Arbeitsleistung entgegengenommen* wird; im Zusammenhang mit der Überstundenfrage wird dabei auf das (*konkludente*) *Einverständnis* des Arbeitgebers zur Überstundenleistung abgestellt.⁴³ Liegt ein solches vor, bedürfte es auch keiner Anzeige des Arbeitnehmers.⁴⁴ Für den Fall des Mailabrufens zu Mitternacht müsste also gefordert werden, dass der Arbeitgeber diesbezüglich weder Druck ausgeübt hat noch eine diesbezügliche Erwartungshaltung besteht und auch die »Ergebnisse« dieses nächtlichen Handelns nicht »verwertet« werden, damit tatsächlich von freiwilliger Leistung ausgegangen werden kann.

Nur um zu zeigen, in welche Richtung die Diskussion in der Literatur (sogar) ausschlägt, sei hier auch noch folgender Standpunkt referiert: Aus der Rs. *CCOO*⁴⁵ wird abgeleitet, dass dem Arbeitgeber die Kenntnis von der Erforderlichkeit der Überstundenarbeit wohl grundsätzlich zu unterstellen sei.⁴⁶ Der Arbeitgeber sei dazu verpflichtet, die Arbeitszeitaufzeichnungen zu kontrollieren.⁴⁷ Weil es primär der Arbeitgeber sei, der die Leistungen der Arbeitnehmer beurteilen könne,⁴⁸ müsse dieser auch abschätzen können, ob die vom Arbeitnehmer erbrachten Leistungen in der Normalarbeitszeit ausgeführt werden können.⁴⁹ Daraus müsste sodann aber folgen, dass stets von »entgegengenommener« Überstundenarbeitsleistung auszugehen ist, wenn der Arbeitnehmer über die Normalarbeitszeit hinaus arbeitet. Einer solchen Konsequenz könnte der Arbeitgeber wohl nur »entkommen«, wenn ex ante verunmöglicht wird, dass Arbeitsleistungen erbracht werden; dies etwa indem Server abgedreht oder Mailzugänge gesperrt werden.

(2) In der zweiten Fallkonstellation ist der Arbeitnehmer in der Wahl, wann und wo er seine Arbeitsleistung erbringt, gänzlich frei. Dank digitaler Kommunikationsmittel und aufgrund freier Arbeitsplatzwahl kann die Arbeit auch von 22–4 Uhr erbracht werden, dann wieder um 10 Uhr. Der Arbeitnehmer kann sich frei einteilen, wann er inzwischen Ski fährt, in die Oper geht oder aber die Kinder betreut.

Ein solcher Arbeitnehmer wird oftmals unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Z. 8 AZG fallen, sodass weder AZG noch ARG (Arbeitsruhegesetz)⁵⁰ auf ihn zur Anwendung kommen. Fällt er hingegen in den Anwendungsbereich der beiden Gesetze, und ist tatsächlich von gänzlich freier Zeiteinteilung (wohl im Sinne einer

Vertrauensarbeitszeit⁵¹) auszugehen, so könnte § 12 AZG bzw. Art. 3 RL 2003/88/EG teleologisch so interpretiert bzw. reduziert⁵² werden, dass auch eine kürzere zusammenhängende Ruhezeit noch rechtskonform ist; dies vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer in diesem Fall sich bewusst, freiwillig und ohne Veranlassung durch den Arbeitgeber dafür entscheidet, seine Ruhephasen bzw. -zeiten anders zu allozieren, und er seinem Erholungsbedürfnis eventuell besser durch einen ausgedehnten Mittagsschlaf und dann eine kürzere Nachtruhe nachkommt. Der Gesetzgeber hat diesen Fall wohl nicht vor Augen gehabt. Ergänzend kann in systematischer Hinsicht auch die RL 2019/1158/EU vorgebracht werden. Schließlich lässt auch das österreichische Urlaubsrecht entgegen dem expliziten Wortlaut⁵³ eine Konsumation in mehr als nur zwei Teilen zu – dennoch wird damit nach ganz hA. dem Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers entsprochen.⁵⁴

(3) Abschließend zur dritten Konstellation, dem »remote« Arbeitenden, der permanent mit Arbeitsaufträgen rechnen muss, die sodann auch sofort abgearbeitet werden müssen.

Hier wird davon ausgegangen, dass selbst dann, wenn in Zusammenhang mit der Aufnahme der Arbeit gewisse

43 Felten, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 10 Rn. 7.

44 OGH, 27.2.2012 – 9 Oba 67/11k – ECLI:AT:OGH0002:2012:009O-BA00067.11K.0227.000; ebenso OGH, 4.3.2013 – 8 Oba 12/13t – ECLI:AT:OGH0002:2013:008OBA00012.13T.0304.000; OGH, 9.7.2003 – 9 Oba 39/03f – ECLI:AT:OGH0002:2003:009OBA00039.03F.0709.000; OGH, 10.9.1985 – 4 Ob 66/84 – ECLI:AT:OGH0002:1985:0040OB00066.84.0910.000; so auch Schrank, in: Schrank (Fn. 14), § 6 Rn. 34.

45 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO).

46 Mathy, Homeoffice (Fn. 10), Rn. 10.29.

47 Heuschmid, NJW 2019, 1854.

48 OGH, 20.5.1998 – 9 Oba 350/97d – ECLI:AT:OGH0002:1998:009O-BA00350.97D.0520.000.

49 S. die Schlussfolgerungen bei Mathy, Homeoffice (Fn. 10), Rn. 10.29 f mwN.

50 StF. BGBl. 1983/144.

51 Dabei »erfüllt der Arbeitnehmer die arbeitsvertragliche Arbeitszeit selbstständig und eigenverantwortlich, während der Arbeitgeber auf eine Kontrolle oder auch eine Zeiterfassung verzichtet [...]. Allerdings ist auch bei vereinbarter Vertrauensarbeitszeit der Arbeitgeber nach wie vor verpflichtet, dafür zu sorgen, dass gesetzliche Vorgaben zur zulässigen Arbeitszeit oder zu erforderlichen Arbeitszeitdokumentationen beachtet werden. Gleichzeitig ist der Arbeitnehmer nach wie vor dazu verpflichtet, die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitszeit auch tatsächlich zu erbringen« (Hilgenstock, in: Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 65. Aufl., München, Stand 1.9.2022, § 2 MiLoG Rn. 37 f.).

52 Vgl. ähnlich Jacobs, NZA 2016, 736 f.

53 § 4 Abs. 3 UrlG: »Der Urlaub kann in zwei Teilen verbraucht werden, doch muss ein Teil mindestens sechs Werkzeuge betragen.«

54 Marhold/Brameshuber/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Wien 2021, S. 274 mwN.

zeitliche Spielräume bestehen (E-Mail langt ein, und erst binnen 30 Minuten wird eine Antwort erwartet), der Arbeitnehmer aber laufend mit relevanten Aufträgen rechnen muss, dieser in seiner *Freizeitgestaltung eingeschränkt* ist. Folglich liege Arbeitszeit vor. Argumentiert wird, dass bei anderer rechtlicher Beurteilung (dass etwa nur Rufbereitschaft und somit keine Arbeitszeit vorliege) eine (unzulässige) Beschäftigung nach Bedarf ermöglicht würde.⁵⁵ Man muss an dieser Stelle aber wohl das Rad nicht neu erfinden: Auch im analogen Bereich finden sich genügend Tätigkeiten, die zudem bereits Gegenstand höchstgerichtlicher Judikatur waren, bei denen die Arbeitnehmer sich zeitweise im »Wartemodus« befinden. Man denke etwa an Verkaufsberater oder Straßenaufsichtsansorgane, die »nur« beobachten müssen. In all diesen Fällen zählt eben auch die Wartephase zur geschuldeten Arbeitsleistung.⁵⁶ Parallel wird man auch bei remote Arbeitenden argumentieren müssen; dies selbst dann, wenn etwa durch den Einsatz von keylogger-Programmen minutiös eruiert werden kann, wie viele Tastaturanschläge pro Zeiteinheit erfolgen (und woraus wiederum geschlossen werden könnte, dass mangels Anschlägen nicht gearbeitet wird). Doch dieselbe Frage stellt sich eben regelmäßig auch bei analog Arbeitenden.⁵⁷

b) Arbeitszeitaufzeichnungen

Nach dem BAG-Beschluss vom 13. September 2022 stellt sich wohl ganz besonders intensiv die Frage, wie andere Mitgliedstaaten den sich aus der RL 2003/88/EG in Auslegung des EuGH in der Rs. CCOO⁵⁸ resultierenden Verpflichtungen nachkommen. Während das deutsche Arbeitszeitrecht in § 16 Abs. 2 ArbZG eine dem spanischen Recht ähnliche Regelung enthält (bloße Aufzeichnung von Überstunden und Sonntagsarbeit), hat der Arbeitgeber nach § 26 Abs. 1 AZG ganz generell Aufzeichnungen über die geleisteten Arbeitsstunden zu führen; gem. Abs. 2 kann aber auch vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer diese Aufzeichnungen führt, die der Arbeitgeber jedoch sodann zu kontrollieren hat; dies soll bei allen Arbeitnehmern möglich sein.⁵⁹ Nach ganz hA. umfasst diese *Aufzeichnungspflicht* nicht nur die Arbeitsstunden pro Tag und Woche, sondern auch die Aufzeichnung der *zeitlichen Lage*, da sonst die Einhaltung der Ruhezeiten und Ruhepausen nicht erkennbar sei.⁶⁰ Spezielles gilt jedoch gem. Abs. 3 für Arbeitnehmer, »die die Lage ihrer Arbeitszeit und ihren Arbeitsort weitgehend⁶¹

selbst bestimmen können oder ihre Tätigkeit überwiegend in ihrer Wohnung ausüben«. Für diese sind »ausschließlich Aufzeichnungen über die Dauer der Tagesarbeitszeit zu führen«, wobei gem. Abs. 4 durch Betriebsvereinbarung festgesetzt werden kann, dass diese Arbeitnehmer diese sogenannten »Saldenaufzeichnungen« selbst zu führen haben.

Im Gefolge der Rechtssache CCOO wurde naturgemäß auch in Österreich diskutiert, ob gerade diese Saldenaufzeichnungen, zu denen es bei »Arbeit von überall dank digitaler Kommunikation« idR. kommt, unionsrechtskonform sind. Das Schrifttum ist gespalten.⁶² Kritisiert wird vor allem, dass ein Wertungswiderspruch zwischen der verpflichtenden täglichen Ruhezeit nach § 12 Abs. 1 AZG und der Möglichkeit der Saldenaufzeichnung nach § 26 Abs. 3 AZG herrsche.⁶³ Dies sei jedoch als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen, es sei denn, man würde eine Drittwirkung der Verpflichtung zur Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen anerkennen. Argumentiert wird auch, dass primärer Zweck der Arbeitszeitaufzeichnungen die Überprüfbarkeit und letztlich die gerichtliche Durchsetzbarkeit durch den Arbeitnehmer und nicht etwa das Auferlegen neuer Bürden an den Arbeitgeber sei. Die erstere Zielsetzung ist in systematischer Hinsicht nachvollziehbar, immerhin wird Ähnliches auch mit der RL 91/533/EWG und der RL (EU) 2019/1152 bezweckt. Solange der Arbeitgeber also seinen Organisationspflichten nachkommt – gem. § 26 Abs. 4 ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer zur ordnungsgemäßen Aufzeichnung anzuleiten, sich die Aufzeichnungen regelmäßig aushändigen zu lassen und zu

55 Auer-Mayer, FS Pfeil, 2022, S. 10; Risak, ZAS 2013, 299.

56 Etwa OGH, 30.6.1994 – 8 Oba 225/94 – ECLI:AT:OGH0002:1994:0080-BA00225.94.0630.000.

57 Zu alldem Auer-Mayer, FS Pfeil, 2022, S. 11.

58 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – ECLI:EU:C:2019:402 (CCOO).

59 Pfeil, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 26 Rn. 5.

60 Pfeil, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil (Fn. 8), § 26 Rn. 3; Schrank, in: Schrank (Fn. 14), § 26 Rn. 6; VwGH, 24.7.1991 – 91/19/0146 – ECLI:AT:V-WGH:1991:1991190146.X00.

61 Hier wird gefordert, dass »im Regelfall« eine Selbstbestimmungsmöglichkeit gegeben sein muss (Pfeil, in: Auer-Mayer/Felten/Pfeil [Fn. 8], § 26 Rn. 10); aA. Etwa Schrank, dem zufolge es auch reicht, wenn »erhebliche« Möglichkeit zur Selbstbestimmung besteht (Schrank, in: Schrank [Fn. 14], § 26 Rn. 11a).

62 »Überaus zweifelhaft« sei die Vereinbarkeit des § 26 Abs. 3 AZG mit dem Unionsrecht nach Pfeil, wbl 2021, 367.

63 Felten, DrdA 2020, 519; vgl. auch Körber-Risak, in: Reissner/Burger (Hrsg.), Innsbrucker Jahrbuch zum Arbeits- und Sozialrecht 2020, Wien 2020, S. 68.

kontrollieren – könne § 26 Abs. 3 AZG Unionsrechtskonformität attestiert werden.⁶⁴ Mit Blick auf die Einhaltung der Ruhezeiten kann dies jedoch nur bedingt überzeugen: Eine entsprechende Kontrolle anhand von Saldenaufzeichnungen, die die Lage der Arbeitszeit aussparen, wird kaum möglich sein.⁶⁵ So wird denn auch in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Pflicht zur Aufzeichnung der Lage der Arbeitszeit im Ergebnis nur bei jenen Arbeitnehmern entfallen könne, die dem Anwendungsbereich des AZG gar nicht erst unterliegen.⁶⁶

In der Praxis wird die Frage der Arbeitszeitaufzeichnung jedenfalls kaum im Zusammenhang mit den Ruhezeiten releviert; vielleicht auch deshalb, weil Arbeitnehmer »relativ einfach« ihre (irgendwelche!) Arbeitszeitaufzeichnungen auch per Excel-Tabelle führen können und der Arbeitgeber diese dann ja »bloß« kontrollieren muss. Inwiefern der BAG-Beschluss⁶⁷ auch Auswirkungen auf Österreich zeitigen wird, lässt sich nur erahnen. Aus dem österreichischen ASchG (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz)⁶⁸ ließe sich grundsätzlich ebenfalls eine generelle Verpflichtung zur Einführung eines Systems der Arbeitszeiterfassung – bei unionsrechtskonformer Auslegung – ableiten: Nach § 3 Abs. 1 S. 2 ASchG haben die Arbeitgeber die zum Schutz der Gesundheit erforderlichen Maßnahmen zu treffen, einschließlich der Bereitstellung einer geeigneten Organisation und der erforderlichen Mittel.

2. Arbeitsort

Trotz bislang in Zusammenhang mit digitalen Kommunikationsmöglichkeiten kaum dokumentierter Konflikte ist das Thema »Arbeitsort« vor allem aus rechtspositivistischer Perspektive von Interesse, denn der österreichische Gesetzgeber hat durch das »Homeoffice-Maßnahmenpaket«⁶⁹ in § 2h Abs. 1 AVRAG⁷⁰ einen speziellen Homeoffice-Tatbestand geschaffen, der auch den anderen gesetzlichen Neuregelungen im Homeoffice-Maßnahmenpaket zugrunde zu legen ist.⁷¹

Auf nationaler Ebene waren im Vorfeld vor allem die Frage des Rechtsanspruchs bzw. der Notwendigkeit einer Vereinbarung diskutiert worden. Letztlich handelt es sich aber um keinen »großen Wurf«: Viele Einzelfragen werden an anderer Stelle gesondert geregelt oder hätten gar keiner Regelung bedurft. Schließlich sehen viele in der Beschränkung von »Homeoffice« auf die Erbringung von

»Arbeitsleistungen in der Wohnung« eine vertane Chance, denn die »Wohltaten« des legaldefinierten Homeoffice im Sinne des § 2h AVRAG gelten eben nur bei Homeoffice im Sinne des § 2h AVRAG und *nicht bei sonstigem mobilen Arbeiten*.⁷² Was ist mit »Wohltaten« gemeint? Vor allem die Bestimmungen zur *Bereitstellung* bzw. zur *Kostentragung* in Zusammenhang mit *digitalen Arbeitsmitteln*, aber auch die Vorschriften zur *Dienstnehmerhaftung*. Ein Analogieschluss für mobiles Arbeiten im Allgemeinen ist mangels entsprechender planwidriger Regelungslücke ausgeschlossen.⁷³ Konkret regelt § 2h AVRAG folgende Eckpunkte:

Gem. § 2h Abs. 1 AVRAG liegt Homeoffice vor, wenn der Arbeitnehmer »regelmäßig Arbeitsleistungen in der Wohnung« erbringt. Nicht nur aus dem Wortlaut, auch aus der Historie folgt, dass damit nur die eigene Wohnung, der Nebenwohnsitz oder die Wohnung eines nahen Angehörigen/Lebensgefährten erfasst ist, solange ein Wohnbedürfnis befriedigt wird; öffentliche Coworking Spaces sollen hingegen nicht darunterfallen,⁷⁴ Garten, Veranda oder Gartenhütte jedoch sehr wohl, solange eine funktionale Einheit mit der Wohnung besteht. Entgrenztes, oder mobiles Arbeiten kann daher nicht unter diese speziellen Vorschriften subsumiert werden.

Nach § 2h Abs. 2 bedarf es »aus Beweisgründen« einer schriftlichen Vereinbarung. Das Schriftformerfordernis stellt daher eine aus Beweisgründen statuierte Ordnungsvorschrift dar.⁷⁵ Zudem wird daraus aber – auch unter Verweis auf die Materialien – abgeleitet, dass eine einseitige Arbeitgeberanordnung ausgeschlossen sei; einen durchsetzbaren Arbeitnehmeranspruch auf Homeoffice

64 Burger-Ehrnhöfer/Glowacka, AsoK 2019, 245 f.

65 IdS. Mazal, ecolo 2019, 656. Die österreichische Rechtslage insofern für unionsrechtswidrig haltend etwa Schöffmann, Juridikum 2021, 163; Dullinger, ZAS 2021, 192; Gruber-Risak, CuRe 2021/5.

66 Etwa Niksova, DrdA 2020, 243 f.

67 BAG, 13.9.2022 – 1 ABR 22/21 – DStR 2022, 2012.

68 StF. BGBl. 1994/450.

69 Ausführlich etwa Dullinger, in: Köck (Hrsg.), Der Homeoffice-Kommentar, Wien 2021, § 2h AVRAG Rn. 24 ff.; Körber-Risak, in: Körber-Risak (Hrsg.), Praxishandbuch Home-Office, Wien 2021, S. 7.

70 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, StF. BGBl. 1993/459.

71 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 12.

72 Vgl. auch Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 34.

73 Vgl. nur Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 32 unter Verweis auf das Gesetzgebungsverfahren.

74 ErI/A. 1301/A BgNR. 27. GP, S. 4 f.

75 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 108.

gibt es jedoch ebenfalls nicht.⁷⁶ Liegt nun keine ausdrückliche Vereinbarung vor, so stellt sich sowohl beim beschriebenen Homeoffice als auch sonst bei Remote Work dennoch die Frage, ob eine Verpflichtung, »woanders« als am Arbeitsplatz im Büro zu arbeiten, besteht, ob eine solche qua Vertragsauslegung ermittelt werden kann und wie mit einseitigen Gestaltungsrechten umzugehen ist. Stark verkürzt wird wie folgt argumentiert:

Mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung von Homeoffice, Remote Work etc. können wohl weder die Wohnung noch sonstige Orte als *mitvereinbarter* Arbeitsort angesehen werden. Selbst bei Berücksichtigung der großzügigen Judikatur zu notwendig gewordenen betrieblichen Ortswechseln⁷⁷ geht die wohl hA. davon aus, dass weder nach (hypothetischem) Parteiwillen noch nach der Verkehrssitte eine Tätigkeit in eigenen privaten Räumlichkeiten als vereinbart gilt;⁷⁸ a minori ad maius muss dies auch für sonstige Örtlichkeiten gelten. Daraus folgt aber, dass insbesondere dann, wenn bisher die Arbeitsleistung in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers erbracht wurde, künftiges Remote Arbeiten – nicht nur im Homeoffice – idR. einer Änderung des Arbeitsvertrages und somit der Zustimmung beider Parteien bedarf. Für den speziellen Fall des Homeoffice hat § 2h Abs. 2 AVRAG daher (nur) Klarstellungsfunktion.⁷⁹

Bestehen (*weitreichende*) *vertraglich eingeräumte einseitige Arbeitgeber-Gestaltungsrechte*, so stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf deren Basis sodann ins Homeoffice bzw. Remote Work »schicken« kann. Man denke daran, dass Unternehmen desk-sharing policies einführen, Büroräumlichkeiten verkleinern etc., sodass der Arbeitnehmer gar nicht jeden Tag an »seinem Arbeitsplatz« tätig werden kann; verkauft wird es als Möglichkeit digitalen Arbeitens von überall aus. Existieren keine entsprechenden vertraglichen Anhaltspunkte, so wird auch hier eine Versetzungsmöglichkeit in die Wohnung oder aber »sonstwohin« nach wohl hA. nicht möglich sein, da nicht vom beiderseitigen Parteiwillen getragen.⁸⁰ Liegt hingegen ein expliziter oder aus den Umständen erschließbarer Parteiwille vor, so hält die wohl hA. die Ausübung des Gestaltungsrechts sehr wohl für zulässig, unterzieht diese aber den allgemeinen Regeln zufolge einer Billigkeitskontrolle, sodass bei Ausübung eine Zumutbarkeitsprüfung und eine Interessenabwägung stattzufinden haben.⁸¹ Im Anwendungsbereich des AVRAG wird hingegen unter Verweis auf die

Gesetzesmaterialien⁸² auf die Unzulässigkeit der Ausübung eines solchen einseitigen Gestaltungsrechts zwecks »ob« Homeoffice nun stattfinden soll, hingewiesen.⁸³ Kurz: »Allgemeine« Versetzungsklauseln sollen keine taugliche Basis für ein Arbeitgeberrecht auf Anweisung zur Telearbeit im Homeoffice sein; aus einer allgemeinen Vereinbarung »mobiler Arbeit« kann wiederum aber auch kein Anspruch darauf abgeleitet werden, bei Ausstattung mit IKT in der Wohnung zu arbeiten.⁸⁴

Die erste in § 2h AVRAG enthaltene »Wohltat« des Homeoffice ist in Abs. 3 normiert. Danach haben Arbeitgeber »die für das regelmäßige Arbeiten im Homeoffice erforderlichen digitalen Arbeitsmittel bereitzustellen«, wobei dies durch – auch pauschale – Kostenersatzregelungen substituiert werden kann; hier sind die »angemessenen und erforderlichen« Kosten zu ersetzen. Kurz: Vereinbarung von Homeoffice im Sinne des Gesetzes führt zu verpflichtender Kostentragung durch den Arbeitgeber. Anders als im Steuerrecht sind Gegenstand der Bereitstellungs- bzw. Kostenersatzpflicht jedoch nur digitale Arbeitsmittel; der klassische Bürostuhl oder der höhenverstellbare Schreibtisch zählen also nicht dazu; Festnetzanschluss, Drucker, Maus, Tastatur hingegen

76 ErIIA. 1301/A BgNR. 27. GP, S. 4 f.

77 Exemplarisch OGH, 9.7.1999 – 9 ObA 51/99m – ECLI:AT:OGH0002:1999:009OBA00051.99M.0709.000; mangels Festlegung eines ganz bestimmten und exklusiven Einsatzortes in der Vereinbarung im Arbeitsvertrag liegt keine bindende Festlegung pro futuro vor; folglich müsse va. bei einer Änderung der Umstände (Filialschließung) auf die Zumutbarkeit einer Anordnung, an einem anderen Ort zu arbeiten, abgestellt werden.

78 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 98 mwN.; Bartmann/Ondrejka, ZAS 2020, 165; Felten, DrdA 2020, 516; Schrank, RdW 2020, 270.

79 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 99 f.

80 Statt aller Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 116; aA. Unter Verweis auf »Ermessen« des Arbeitgebers bzw. Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer etwa Eichmeyer/Egger, RdW 2020, 848 f. Diametral entgegen steht Felten, DrdA 2020, 517 f., demzufolge einseitige Homeoffice-Versetzungsklauseln zugunsten des Arbeitgebers überhaupt regelmäßig sittenwidrig und daher teilnichtig seien. Übt der Arbeitgeber daher den Versetzungsvorbehalt nicht sittenwidrig aus, weil er vorübergehend keine Beschäftigungsmöglichkeit hat, und besteht eine zumutbare Möglichkeit, die Beschäftigung an anderem Ort zu erbringen, so wird die Weigerung des Arbeitnehmers auch zulässigerweise den Entgeltentfall entsprechend § 1155 ABGB nach sich ziehen (Auer-Mayer, in: Köck [Fn. 69], § 2h AVRAG Rn. 118).

81 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 119; Wetsch, in: Reichel/Pfeil/Urnig (Hrsg.), Die Arbeit ist immer und überall, Wien 2020, S. 58.

82 IA. 1301/A 27. GP, S. 4: »Die Vereinbarung eines einseitigen Weisungsvorbehalts des Arbeitgebers, ob überhaupt Homeoffice ausgeübt wird, ist nicht zulässig, da dies dem Grundsatz widerspricht, dass Arbeiten im Homeoffice grundsätzlich einvernehmlich festzulegen ist.«

83 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 120 f.

84 Vgl. Pacic, JMG 2021, 142 f.

schon.⁸⁵ Im Zusammenhang mit der Kostentragung wird vor allem diskutiert, wie die »Angemessenheit« und »Erforderlichkeit« zu interpretieren sind, einerseits bei Neuanschaffung, andererseits bei Nutzung bereits bestehender digitaler Arbeitsmittel. Hier wird entsprechend der bisher anwendbaren Regeln des § 1014 ABGB⁸⁶ (die aber, *nota bene*, abdingbar ist) für eine Kostenteilung nach Nutzungsanteil plädiert.⁸⁷ Für den Rechtsvergleich von Interesse ist, dass an der nunmehrigen Regelung kritisiert wird, sie verunmögliche eine Rücksichtnahme auf die Vielfalt an potenziellen Interessen im Zusammenhang mit Homeoffice. Mit anderen Worten, die verpflichtende Bereitstellung bzw. Kostentragung lässt keine Berücksichtigung dessen zu, dass Homeoffice eventuell manchmal (auch) im Arbeitnehmerinteresse vereinbart wird und dieser sich dadurch zahlreiche Kosten (Arbeitsweg etc.) erspart. Liegt Homeoffice im Sinne des einseitig zwingenden⁸⁸ § 2h AVRAG vor, so *sind* die Kostentragungsregeln anzuwenden, ein *Abbedingen* ist *unzulässig*. Mangels sachlichen Zusammenhangs könne hier keine Anrechnung/kein Ausgleich von Nachteilen mit Vorteilen aus allfälligen Kostenreduktionen dank Änderung des Arbeitsortes vorgenommen werden.⁸⁹

Insofern ist »sonstiges« *mobiles Arbeiten flexibler*, denn dort gelten weiterhin die bisherigen Grundsätze – also analoge (aber abdingbare) Anwendung der Aufwandsersatzregel des § 1014 ABGB. Beschränkt ist der Aufwandsersatz auf das Erforderliche und Angemessene; zu berücksichtigen sind hier aufgrund der sonst allenfalls sittenwidrigen und daher unzulässigen Überwälzung des Unternehmerrisikos (die zur Teilnichtigkeit der Abbedingung führt) auch allfällige Ersparnisse des Arbeitgebers (etwa Reduktion der Bürofläche dank Desksharings und damit verbundene Kostenreduktion); gleichzeitig sind jedoch auch Arbeitnehmerinteressen miteinzubeziehen (etwa die Möglichkeit der »Verrechnung« ersparter Aufwendungen).⁹⁰

Flankiert wird § 2h AVRAG vor allem durch eine entsprechende *Anpassung des DHG (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz)*⁹¹. Nach dem neu eingefügten § 2 Abs. 4 DHG sind die Bestimmungen des DHG sinngemäß anzuwenden, wenn dem Dienstgeber »durch im gemeinsamen Haushalt mit dem Dienstnehmer lebende Personen im Zusammenhang mit Arbeiten im Homeoffice ein Schaden zugefügt wird«. Der Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: Der im gemeinsamen Haushalt lebende Ehemann

verschüttet Saft auf dem Dienstlaptop während die Dienstnehmerin arbeitet, oder beschädigt ihn anderweitig während der Laptop (un-)sachgemäß verwahrt wird.⁹² Die Neuregelung führt dazu, dass dieser Ehemann dem Dienstgeber gegenüber zwar weiterhin nur *deliktisch haftet*, allerdings kommen dem Ehemann nunmehr die *Mäßigungsregeln* zugute; bei *culpa levissima*⁹³ haftet er gar nicht.⁹⁴ Losgelöst von Homeoffice im Sinne des § 2h AVRAG heißt dies aber auch, dass bei sonstigem mobilen Arbeiten die Mäßigungsregeln gerade nicht gelten. Mit anderen Worten, geschieht derselbe Sachverhalt in einem Kaffeehaus, gelten die Privilegierungen nicht.⁹⁵

III. Mitbestimmung

Auch an mitbestimmungsrechtlichen Fragestellungen fehlt es im Zusammenhang mit digitaler Kommunikation nicht. Ganz grundlegend stellt sich die Frage, inwiefern bei bloß digital miteinander verbundenen Arbeitnehmern der Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts überhaupt eröffnet ist. Ist dies bejaht, oszillieren Fragen rund um das Thema Organisation der betrieblichen Interessenvertretung. Schließlich geht es um Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, etwa betreffend den Einsatz von Software, die es auch ermöglicht, Arbeitnehmer zu überwachen.

85 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 45, auch unter Hinweis auf die Materialien, die exemplarisch nennen: »erforderliche IT-Hardware und Software, eine Datenverbindung und ein Diensthandy«.

86 JGS. 1811/946.

87 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 50.

88 S. § 16 AVRAG.

89 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 56.

90 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 2h AVRAG Rn. 58 ff. mwN.

91 StF. BGBl. 1965/80. Mit diesem Gesetz zur Beschränkung der Dienstnehmerhaftung werden vor allem Haftungserleichterungen bei Schädigungen des Dienstgebers durch den Dienstnehmer bzw. Einschränkungen von Ersatz-/Regressforderungen bei Schädigung von Dritten durch den Dienstnehmer festgeschrieben.

92 S. das Beispiel nächtlicher Toilettengang – Zufallbringen des Laptops – bei Brodil, in: Köck (Fn. 69), § 2 DHG Rn. 32.

93 Dazu etwa Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 323.

94 Brodil, in: Köck (Fn. 69), § 2 DHG Rn. 24.

95 Brodil, in: Köck (Fn. 69), § 2 DHG Rn. 28.

1. Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts

Zunächst ist – ähnlich wie im Zusammenhang mit der Arbeitszeitfrage, Stichwort »Stehzeiten« – festzuhalten, dass die Frage des dislozierten Arbeitens und der Zugehörigkeit zum Betrieb keine gänzlich neue ist. Bereits in den 1990er-Jahren hat der OGH zu Produktvertretern, die ihre Arbeit überwiegend von ihrer Wohnung aus ausgeübt haben, ausgesprochen, derartiges disloziertes Arbeiten allein schließe die Eingliederung in einen Betrieb nicht aus.⁹⁶ Mehr noch, ein Arbeiten ohne Betriebszugehörigkeit lässt das ArbVG (Arbeitsverfassungsgesetz)⁹⁷ nicht zu.⁹⁸

Nach § 36 ArbVG sind Arbeitnehmer des Betriebsverfassungsrechts solche Personen, die »im Rahmen eines Betriebs beschäftigt« sind; dies ist nach den Gesetzesmaterialien nicht rein örtlich zu verstehen, vielmehr genügt es, dass der Arbeitnehmer *organisatorisch* und *soziologisch der Belegschaft* des Betriebs *zuzuordnen* ist; es kommt daher *va. auf die organisatorische Einbindung* an, die vor allem auch bei entsprechenden *Kommunikationsmöglichkeiten* regelmäßig zu *bejahen* ist.⁹⁹ Für eine Vernachlässigung des örtlichen Bezugs im Zusammenhang mit digitaler Arbeit spricht im Übrigen auch die Gesetzessystematik – auch Heimarbeiter fallen gem. § 36 Abs. 1 ArbVG unter den Arbeitnehmerbegriff im Sinne des II. Teils des ArbVG (und somit in den Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsrechts). Zugehörig wird der Arbeitnehmer zu jener Einheit sein, deren leitender Angestellter ihm gegenüber Vorgesetztenfunktion ausübt; hier wird mangels permanenter Weisungen vor allem auf Berichts- bzw. Begründungspflichten abzustellen sein.¹⁰⁰ Ein eigenständiger (Kleinst-)Betrieb – der grundsätzlich nach dem System des ArbVG sehr wohl existieren kann, bei dem sich aber naturgemäß die Frage nach der Flucht aus dem Betriebsverfassungsrecht stellt, wenn ein Unternehmen aus mehreren Ein-Personen-Betrieben besteht¹⁰¹ – wird bei mobilem Arbeiten/Homeoffice/Remote Work mangels fehlender Selbständigkeit und Eigenständigkeit der organisatorischen Einheit ebenfalls nicht vorliegen.¹⁰²

Die Parameter für die Beurteilung, ob überhaupt ein Betrieb vorliegt, sind in § 34 ArbVG statuiert. Hierfür bedarf es der Einheit des Betriebsinhabers, des Betriebszwecks und der Organisation. Bedeutung kommt dabei auch dem Betriebsstandort, den Beschäftigten, den Betriebsmitteln und dem Dauercharakter zu. Die organisatorische Einheit

muss zudem ein gewisses Mindestmaß an Selbständigkeit, insbesondere in technischer Hinsicht aufweisen; das Ergebnis des Arbeitsvorgangs muss, wenn auch nur beschränkt, in sich abgeschlossen oder unabhängig sein.¹⁰³

Für Arbeitsprozesse, die durch digitale Kommunikation geprägt sind, lässt sich die wohl hA.¹⁰⁴ daher wie folgt zusammenfassen: Für eine betriebliche Organisation bedarf es nicht notwendigerweise des Vorliegens physischer Betriebsgebäude etc. Grundsätzlich kann daher auch eine »virtuelle«, auf das Inland bezogene betriebliche Organisation ausreichen. Der Betriebsinhaber muss nach dieser Ansicht auch nicht zwingend in Österreich anwesend sein, und auch einzelne Arbeitnehmer können ihre Tätigkeit für den österreichischen Betrieb vom Ausland aus erbringen. Abgesehen von den Vertretern ist im Zusammenhang mit digitalen Kommunikationsmitteln ein solcher Fall ausjudiziert, in dem im Ergebnis *keine Tätigkeit für einen österreichischen Betrieb* vorlag. Konkret ging es um eine Personalleiterin eines im Vereinigten Königreich ansässigen Softwareunternehmens. Sie arbeitete zwar ausschließlich von ihrer Privatwohnung in Wien aus; die ihr unmittelbar zugeordneten Personen aus einem Team mit 65–85 Personen arbeiten jedoch alle nicht in

96 OGH, 26.3.1997 – 9 ObA 88/97z – ECLI:AT:OGH0002:1997:009O-BA00088.97Z.0326.000; später auch OGH, 2.6.2009 – 9 ObA 54/09w – ECLI:AT:OGH0002:2009:009OBA00054.09W.0602.000.

97 StF. BGBl. 1974/22.

98 Löschnigg, in: Brodil (Fn. 27), S. 41 f.

99 ErläutRV. 840 BlgNR. 13. GP S. 69; Eichmeyer/Egger, RdW 2020, 850; zu den Kommunikationsmöglichkeiten s. OGH, 26.3.1997 – 9 ObA 88/97z – ECLI:AT:OGH0002:1997:009OBA00088.97Z.0326.000: »Dabei ist zu beachten, daß unter Berücksichtigung der nunmehr zur Verfügung stehenden Kommunikationsmöglichkeiten eine organisatorische Eingliederung dislozierte tätiger Dienstnehmer in viel weiterem Umfang möglich ist als in der Vergangenheit, als die Kontaktaufnahme auf größere Entfernungen wesentlich schwerer möglich war. Dies zeigt auch der vorliegende Fall. Die Auslandsmitarbeiter führen mehrmals wöchentlich mit ihrem Vorgesetzten Gespräche über alle wesentlichen Fragen ihrer Tätigkeit, eine Kommunikation, die, abgesehen vom persönlichen Kontakt, vermutlich nicht anders ablaufen würde, wenn sie im Bereich des Betriebsstandortes tätig wären. Der Umstand, daß es sich um ausländische Staatsbürger handelt, die ihre Tätigkeit im Ausland verrichten und persönlich nur selten in den Betrieb kommen, ändert nichts daran, daß es sich bei den betroffenen Mitarbeitern um Angehörige des Betriebes der beklagten Partei im Sinne des § 36 ArbVG handelt.«

100 Risak, in: Brodil (Fn. 27), S. 32.

101 S. Löschnigg, in: Brodil (Fn. 27), S. 41 f.

102 Kronlachner, in: Körber-Risak (Fn. 69), Wien 2021, S. 16.

103 Etwa OGH, 18.12.2017 – 9 ObA 101/17v – ECLI:AT:OGH0002:2017:009O-BA00101.17V.1218.000; Marhold/Bramshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 626 ff.

104 Mosler, in: Reichel/Pfeil/Urnik (Hrsg.), Crowdinvesting und Crowdworking: Herausforderungen und Chancen, Wien 2018, S. 171 f.; Gruber-Risak, in: Reichel/Pfeil/Urnik (Fn. 81), S. 84 ff.

Österreich (die Kommunikation erfolgte via Videocalls bzw. sonstiger elektronischer Medien).¹⁰⁵ Eine organisatorische Einheit in Österreich, die ein gewisses Maß an Selbstständigkeit gegenüber der Zentrale hatte, lag daher nicht vor, und sohin auch kein Betrieb im Sinne des § 34 ArbVG.

Selbst bei rein virtuellen Betrieben ist es daher nicht unmöglich, das Vorliegen eines Betriebs im Sinne des § 34 ArbVG zu bejahen, denn abzustellen ist vor allem auf die organisatorische Einbindung, die auch mittels digitaler Kommunikationsmöglichkeiten erfolgen kann. Bejaht man einmal die Existenz eines Betriebs, stellt sich in der Folge aber naturgemäß die Frage nach der Belegschaftsorganisation.

2. Belegschaftsorganisation im weiteren Sinne

Gleich vorweg sei festgehalten, dass die österreichische Rechtslage hier der deutschen unter positivrechtlichen Gesichtspunkten teilweise hinterherhinkt – an einer zu § 30 Abs. 2 BetrVG parallelen Regelung fehlt es (bislang) und es ist auch nicht erkennbar, dass es demnächst zu einem »Betriebsrätemodernisierungsgesetz« kommen würde.

Nicht gesetzlich geregelt und daher umstritten ist, inwiefern *Betriebsversammlungen virtuell* abgehalten werden dürfen. Während das ArbVG vom Grundmodell der physischen Versammlung ausgeht, können gute Gründe für die Zulässigkeit gefunden werden; insbesondere eine wirksame betriebliche Interessenvertretung (gerade dann, wenn es an einer physischen Betriebsstätte fehlt); die Bestimmungen des ArbVG können durchaus im Sinne einer Zulässigkeit virtueller Betriebsversammlungen ausgelegt werden; dies insbesondere dann, wenn die technischen Rahmenbedingungen für »qualifizierte« Videokonferenzen¹⁰⁶ gegeben sind.¹⁰⁷

Beim »Folgethema« Betriebsratswahl sieht die hA. de lege lata jedoch keine Möglichkeit eines *E-Votings*; die Betriebsratswahl hat nach den Grundsätzen des gleichen, unmittelbaren, geheimen Verhältniswahlrechts durch *persönliche* Stimmabgabe zu erfolgen. Die Analogiefähigkeit der Vorschriften zur – unter gewissen Voraussetzungen möglichen – Briefwahl wird verneint; es fehle an einer Lücke und auch die Vergleichbarkeit sei – bereits mangels notwendiger technischer Ausstattung – nicht gegeben.¹⁰⁸ Für rein virtuelle Betriebe sind daher die Möglichkeiten, sich zu verfassen, faktisch eingeschränkt.

Ist ein Betriebsrat einmal gültig gewählt, stellt sich sodann die Frage, inwiefern dessen *Sitzungen virtuell*

stattfinden können bzw. inwiefern die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte (bzw. die den Betriebsinhaber treffenden Pflichten) virtuell ausgeübt bzw. ihnen nachgekommen werden können/kann. Virtuelle Betriebsratsitzungen werden von der wohl hA. für zulässig erachtet; parallel zu virtuellen Betriebsversammlungen.¹⁰⁹ Die Verpflichtung des Betriebsinhabers gem. § 72 ArbVG, die für die Tätigkeiten erforderlichen Räumlichkeiten, Kanzlei- und Geschäftserfordernisse sowie sonstige Sacherfordernisse bereitzustellen wird in diesem Zusammenhang dynamisch interpretiert, sodass darunter – gerade in »virtuellen Betrieben« bzw. dort, wo digitale Kommunikation ganz grundsätzlich im Vordergrund steht – auch die Bereitstellung eines Internetzugangs, Webcam, Videokonferenzsoftware etc. subsumiert wird.¹¹⁰

Die *Betriebsratsbeschlussfassung* wiederum kann schon bisher nach positivem Recht gem. § 68 Abs. 4 ArbVG auch außerhalb virtueller Räume schriftlich, fernmündlich oder durch »andere vergleichbare Formen« stattfinden (Umlaufbeschluss), sofern kein Betriebsratsmitglied diesem Verfahren widerspricht. In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass diese auch per Mail, SMS oder elektronischer Abstimmungstools erfolgen könne. Daraus wird a minori ad maius gefolgert, dass umso eher eine Beschlussfassung per Videokonferenz möglich sein müsse; mehr noch – handle es sich um eine »qualifizierte Videokonferenz« (gegenseitige Sicht- und Hörbarkeit der Teilnehmer, die sowohl Gegenseitigkeit als auch Authentizität sicherstellt)¹¹¹, könne auch von der Zulässigkeit

105 OGH, 22.1.2020 – 9 Oba 89/19g – ECLI:AT:OGH0002:2020:0090-BA00089.19G.0122.000. Nicht ausjudiziert ist, ob ein Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung in Österreich erbringt und auf dessen Dienstvertrag österreichisches Recht zur Anwendung kommt, der aber einem ausländischen Betrieb angehört (weil eben kein Betrieb gem. § 34 ArbVG in Ö existiert) sich auf die Kündigungsschutzbestimmungen des ArbVG berufen kann. In der Literatur werden zu dieser Frage unterschiedliche Ansätze vertreten (vgl. etwa *Burger*, DRdA 2015, 334 ff.; *Niksova*, ZAS 2013, 18 ff.; *Niksova*, *ecolex* 2014, 358 ff.; *Gahleitner*, in: *Gahleitner/Mosler* (Hrsg.), *Arbeitsverfassungsrecht II*, 6. Aufl., Wien 2020, § 33 Rn. 2; *Windisch-Graetz*, in: *Neumayr/Reissner* (Hrsg.), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 3. Aufl., Wien 2018, § 33 ArbVG Rn. 4; *Strasser*, in: *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg.), *ArbVG*, Wien 2003, § 33 Rn. 17).

106 Dafür müssen gegenseitig Sicht- und Hörbarkeit gewährleistet sein; siehe dazu *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 141 ff.; *Geist*, DRdA 2019, 317; *Bremm*, *ASoK* 2020, 307 f.; *Radner/Preiss*, in: *Gahleitner/Mosler* (Fn. 105), § 67 Rn. 3a, § 68 Rn. 8.

107 S. mwN. *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 141 f.

108 *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 142; *Löschnigg*, in: *Jabornegg/Resch* (Hrsg.), *ArbVG*, Wien 2017, § 56 Rn. 35.

109 *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 142; *Radner/Preiss*, in: *Gahleitner/Mosler* (Fn. 105), § 67 Rn. 3a, § 68 Rn. 8; *Geist*, DRdA 2019, 317; *Bremm*, *ASoK* 2020, 307 f.

110 *Auer-Mayer*, DRdA 2022, 142; zum Intranetzugang OGH, 20.10.2004 – 8 Oba 92/04v – ECLI:AT:OGH0002:2004:008OBA00092.04V.1020.000.

111 *Geist*, DRdA 2019, 317; *Bremm*, *ASoK* 2020, 308.

einer unmittelbaren Abstimmung ausgegangen werden, mit dem Ergebnis, dass eine solche selbst bei Widerspruch eines Betriebsratsmitglieds stattfinden könnte.¹¹² Selbst Befürworter raten jedoch aufgrund des verbleibenden Auslegungsspielraums davon ab.¹¹³

3. Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrates

Überblickshaft sei hier im Stakkato-Stil auf die potenziell einschlägigen Betriebsvereinbarungstatbestände hingewiesen, wobei auch anzumerken sei, dass die dogmatisch relevanten Fragen durch die digitalisierte Kommunikation weder erweitert¹¹⁴ noch aber die bisher bestehenden gelöst würden. Im Zusammenhang mit der Mitbestimmung bei Kontrollmaßnahmen wird – zumindest in der Literatur – rechtsvergleichend nach Deutschland auf § 87 Abs. 1 Z. 6 BetrVG geblickt, allerdings ist hier eine Gesetzesänderung äußerst unwahrscheinlich. Schließlich sei darauf hingewiesen, dass die flächendeckende Einführung von Homeoffice bzw. mobilem Arbeiten bei gleichzeitigem Abbau der Büroflächen durchaus auch als Betriebsänderung im Sinne des § 109 ArbVG (insbesondere Z. 4 und 5: Änderungen der Arbeits- und Betriebsorganisation; Einführung neuer Arbeitsmethoden) qualifiziert werden könnte; sind damit wesentliche Nachteile für alle oder erhebliche Teile der Belegschaft verbunden, kann in Betrieben mit mindestens 20 Arbeitnehmern ein Sozialplan erzwungen werden.¹¹⁵

Bei digitalen Überwachungsmöglichkeiten ist zunächst an § 96 Abs. 1 Z. 3 ArbVG zu denken; dabei handelt es sich um einen Tatbestand der zwingenden Zustimmung/Mitbestimmung ohne Rechtsschutz.¹¹⁶ Eine »Kontrollmaßnahme, die die Menschenwürde berührt« und daher zustimmungspflichtig ist, liegt nach hA. bei systematischer Überwachung von Eigenschaften, Handlungen oder auch des allgemeinen Verhaltens der Arbeitnehmer vor.¹¹⁷ Die *objektive Kontrolleignung* wird als ausreichend dafür gesehen, dass es sich um eine zustimmungspflichtige Maßnahme handelt. Digitale »Tools« wie Keylogger-Programme, aber auch »einfache« Kommunikationssoftware, über die ein Erkennen des »Aktivstatus« möglich ist, oder das Einloggen im Firmennetzwerk, mittels dessen diverse Kontrollen des »Nutzungsverhaltens« möglich sind, sind daher potenziell mitbestimmungspflichtig. Zudem muss die Maßnahme jedoch auch die *Menschenwürde berühren*. Dabei kommt es nach hA.¹¹⁸ vor allem auf die Intensität des Eingriffes in die durch § 16 ABGB,

Art. 8 EMRK geschützten Persönlichkeitsrechte an. Aufgedröselte heißt dies Folgendes:

Maßnahmen, die die Menschenwürde *verletzen*, sind jedenfalls unzulässig, selbst mit Zustimmung des Betriebsrates. Ein Klagerecht auf Unterlassung/Beseitigung hätte in diesem Fall der einzelne Arbeitnehmer.¹¹⁹ Bejaht wird dies in Zusammenhang mit digitaler Kommunikation etwa bei solchen Formen der »Aktivitätsüberwachung«, die den ganzen Tag über erfolgen, ununterbrochen und gleichsam minuten genau. Das können vor allem Systeme sein, die laufend Tastenanschläge aufzeichnen (Keylogger-Software), Bildschirme duplizieren oder Screenshots von geöffneten Fenstern machen. Wegen des Vorliegens eines unverhältnismäßigen Eingriffes in die Persönlichkeitsrechte wird derartigen Maßnahmen ganz grundsätzlich – unabhängig von der Zustimmung des Betriebsrates – die Zulässigkeit abgesprochen.¹²⁰

Maßnahmen, die die Menschenwürde berühren (wenn also die Kontrollmaßnahme dem Arbeitnehmer das dauernde Gefühl einer (potenziellen) Überwachung gibt),¹²¹ sind *zustimmungspflichtig*, wenn sie auch nicht durch betriebliche Interessen gerechtfertigt sind. Zustimmungspflicht liegt dann zwar wohl nur selten vor, bejaht wird dies aber etwa bei *biometrischer* Erfassung mittels *Fingerabdruckes* (bzw. hat der OGH diese Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrates als unzulässig

112 Auer-Mayer, DRdA 2022, 143; Radner/Preiss, in: Gahleitner/Mosler (Fn. 105), § 67 Rn. 3a, § 68 Rn. 8; wohl auch Geist, DRdA 2019, 317; aA. Geiblinger, ASoK 2020, 209.

113 Auer-Mayer, DRdA 2022, 143.

114 Nach der ganz hA. können die Betriebspartner durch Einscannen und Verschicken per Mail des unterschriebenen Originals gültig eine Betriebsvereinbarung abschließen; dies muss im Größenschluss auch für digital signierte Dokumente gelten. S. dazu etwa Vogt-Majarek/Springer, ARD 6695/5/2020, 3.

115 S. dazu § 97 Abs. 1 Z. 4, § 109 Abs. 2 ArbVG.

116 Ein Ersatz fehlender Betriebsratszustimmung durch Entscheidung der Schlichtungsstelle ist nicht möglich; ebenso keine »ersetzende« Einzelvereinbarung, es sei denn, es gibt keinen Betriebsrat – siehe § 10 AVRAG. Zu alledem ausführlich Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 763 ff.

117 Auer-Mayer, DRdA 2022, 143; Jabornegg, JAS 2020, 423; Auer-Mayer, DRdA 2020, 559; Mosler, DRdA 2008, 327; Felten/Preiss, in: Gahleitner/Mosler (Hrsg.), Arbeitsverfassungsrecht III, 6. Aufl., Wien 2020, § 96 Rn. 44; Jabornegg, in: Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg.), ArbVG, Wien 2012, § 96 Rn. 130 f.

118 Reissner, in: Neumayr/Reissner (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., Wien 2018 (im Folgenden: ZellKomm), § 96 ArbVG Rn. 23 f.; Binder, in: Tomandl/Risak (Hrsg.) ArbVG, 11. Lfg., Wien 2013, § 96 Rn. 56 ff.; Felten/Preiss, in: Gahleitner/Mosler (Fn. 117), § 96 Rn. 52 f.

119 Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 741.

120 Etwa Auer-Mayer, CuRe 2020/88; Gerhartl, RdW 2020, 854; Smid, in: Körber-Risak (Fn. 69), S. 159.

121 Etwa OGH, 13.6.2002 – 8 ObA 288/01p – ECLI:AT:OGH0002:2002:0080-BA00288.01P0613.000; s. auch die weiteren Nachweise bei Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 28.

beurteilt).¹²² Ebenfalls unzulässig ohne Betriebsratszustimmung ist die dauernde Ortungsmöglichkeit von Dienstfahrzeugen von Außendienstmitarbeitern via GPS.¹²³

Keine Zustimmungspflicht besteht, wenn eine betriebliche Rechtfertigung vorliegt; hier ist nach hA. eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen.¹²⁴ Abzuwägen ist das Interesse des Arbeitgebers an der Kontrolle (Schutz des Arbeitgeberigentums; Einhaltung gesetzlicher Vorgaben etc.) mit jenem der Arbeitnehmer an der Wahrung der Persönlichkeitsrechte. Vorgenommen wird im Ergebnis eine *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, wobei aus Arbeitgeberperspektive das *schonendste* zum Ziel führende *Mittel* zu wählen ist. Ohne Zustimmung des Betriebsrates eingeführt werden kann nach (wohl) einhelliger Ansicht etwa ein gewöhnliches *elektronisches Zeiterfassungssystem* mittels *Stechkarten*.¹²⁵ Zu »digitalen« Kontrollmöglichkeiten im Speziellen wird vor allem auf die konkrete Ausgestaltung verwiesen; wohl *verneint* dürfte eine *Zustimmungspflicht* dann werden, wenn – analog zu den Stechkarten – »bloß« in der Früh online am *Laptop* »eingecheckt« wird, der Arbeitnehmer sich für einen Fernzugriff im Netzwerk anmelden muss (Firmen-, Kundendaten etc. sind ja ebenfalls zu schützen), er »bloß« an Online-Besprechungen teilnimmt und für Anfragen erreichbar sein muss. Argumentiert wird auch, dass die Eingriffsintensität im Sinne der vorzunehmenden Interessenabwägung geringer sein wird, je mehr Einflussnahmemöglichkeiten der Arbeitnehmer hat (etwa durch Ausschalten der Kamera bei Videocall, Möglichkeit der Nutzung eines virtuellen Hintergrundes) bzw. dieser vorab auch entsprechend informiert wird.¹²⁶ Kurz: Reduziert der Arbeitgeber die Kontrolleignung im Rahmen des technisch Möglichen und des wirtschaftlich Zumutbaren, so wird das bloße Einführen von IKT-gestütztem mobilen Arbeiten/Homeoffice nicht durch den Betriebsrat per § 96 Abs. 1 Z. 3 ArbVG verhindert werden können; Ähnliches kann auch aus der Telefonregistrieranlagen-Entscheidung¹²⁷ des OGH geschlossen werden.¹²⁸

Weitere einschlägige Tatbestände sogenannter »ersetzbarer Zustimmung«, im Rahmen derer bei fehlender Zustimmung des Betriebsrates diese durch Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden kann und bei der ein einseitiges Setzen der Maßnahme oder das Treffen von Einzelvereinbarungen mit den Arbeitnehmern ohne Betriebsratszustimmung bzw. ohne Entscheidung der Schlichtungsstelle ausgeschlossen ist,¹²⁹ sind einzelne Konstellationen des § 96a Abs. 1 Z. 1 ArbVG

bzw. des § 96a Abs. 1 Z. 2 ArbVG. Dazu zählen »Personaldatensysteme« – automationsunterstützte Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers – es sei denn insbesondere, die tatsächliche bzw. vorgesehene Verwendung geht über die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen nicht hinaus (etwa in Zusammenhang mit Arbeitszeitaufzeichnungen¹³⁰) bzw. es handelt sich um allgemeine Angaben zur Person und fachliche Voraussetzungen. Interessant ist hier jener Vorschlag, wonach die Bestimmung teleologisch zu reduzieren und daher jene Fälle auszunehmen seien, in denen die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten nur begleitend passiert und dies bei Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung unumgänglich ist. Andernfalls könnte stets die Einführung durch Veto des Betriebsrates verhindert werden.¹³¹

Relevant sind in Zusammenhang mit digitaler Kommunikation auch einige Tatbestände der so genannten »erzwingbaren Betriebsvereinbarungen«, im Rahmen derer die Maßnahme zwar einseitig durch den Betriebsinhaber gesetzt werden kann; allerdings können beide Parteien auch die Schlichtungsstelle anrufen; der Spruch der Schlichtungsstelle ist sodann die Betriebsvereinbarung. Einschlägig ist etwa § 97 Abs. 1 Z. 1 ArbVG zu allgemeinen Ordnungsvorschriften, die das Verhalten im Betrieb regeln. Der Betrieb ist dabei nach ganz hA.¹³² organisatorisch funktional und nicht primär räumlich zu verstehen; darunter subsumiert werden etwa

122 OGH, 20.12.2006 – 9 ObA 109/06d – ECLI:AT:OGH0002:2006:009O-BA00109.06D.1220.000.

123 OGH, 22.1.2020 – 9 ObA 120/19s – ECLI:AT:OGH0002:2020:009O-BA00120.19S.0122.000.

124 Schindler, DRdA-InfAs 2015, 190 ff.; Schrank, RdW 2015, 437 ff.; Reissner/Schneeberger, DRdA 2016, 30 ff.; Jabornegg, in: Strasser/Jabornegg/Resch (Fn. 117), § 96 Rn. 140; ZellKomm-Reissner (Fn. 118), § 96 ArbVG Rn. 24; Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 766; aA. etwa Auer-Mayer, DRdA 2022, 144.

125 ZellKomm-Reissner (Fn. 118), § 96 ArbVG Rn. 24; Felten/Preiss, in: Gahleitner/Mosler (Fn. 117), § 96 Rn. 65; Binder, in: Tomandl/Risak (Fn. 118), § 96 Rn. 68.

126 Zu alldem, insb. zur Informationspflicht des Arbeitgebers, die sich auch aus der Rs. Barbulescu des EGMR (EGMR, 5.9.2017 – Bsw 61.496/08 [GK] – NLMR 2017, 430) ergibt – bei geheimen Überwachungsmaßnahmen sind die schutzwürdigen Arbeitnehmerinteressen im Ergebnis noch stärker tangiert als bei »offenen« Kontrollen – Auer-Mayer, CuRe 2020/88.

127 OGH, 13.6.2002 – 8 ObA 288/01p – ECLI:AT:OGH0002:2002:008O-BA00288.01P.0613.000.

128 Vgl. Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 34 f.

129 Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 745.

130 S. nur Felten/Preiss, in: Gahleitner/Mosler (Fn. 117), § 96a Rn. 21.

131 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 46 ff.

132 S. die Nachweise bei Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 15; Binder, in: Tomandl/Risak (Fn. 118), § 97 Rn. 3, 7, 8, 16 ff.; ZellKomm-Reissner (Fn. 118), § 97 Rn. 17.

Bekleidungs Vorschriften, Meldepflichten oder Verhaltenskodizes. Ebenfalls relevant in Zusammenhang mit digitaler Kommunikation kann § 97 Abs. 1 Z. 6 ArbVG zur zweckentsprechenden Benützung von Betriebseinrichtungen und Betriebsmitteln sein. Bei teleologischer Interpretation müssen davon auch immaterielle Betriebsmittel erfasst sein; zu denken ist an Benützungsordnungen (etwa für das dienstliche Mobiltelefon) oder Verwahrungsvorschriften. Die Privatnutzung kann ebenfalls Gegenstand von Z. 6 sein, nicht hingegen die Anschaffung (weil der Benützung vorgelagert).¹³³

Schließlich können einige Umstände, die mit digitaler Kommunikation einhergehen, mittels Betriebsvereinbarung geregelt werden (weshalb auch von fakultativen Betriebsvereinbarungen gesprochen wird¹³⁴); Erzwingbarkeit besteht jedoch nicht. Einschlägig ist etwa § 97 Abs. 1 Z. 9 ArbVG zur menschengerechten Arbeitsgestaltung. Dieser Tatbestand ist weit im Sinne einer Ausgestaltung der Arbeitspflicht in Bezug auf Art, Ort und Zeit sowie die Einführung neuer Technologien zu interpretieren. »Menschengerecht« wird derart interpretiert, dass mit der Maßnahme Wohlbefinden und Arbeitszufriedenheit der Arbeitnehmer gesteigert werden – für die Einführung mobiler Arbeit wird dies »unzweifelhaft« bejaht, und zwar dann, wenn mit der Maßnahme Wohlbefinden und Arbeitszufriedenheit gesteigert werden. Z. 9 wird daher auch als Kompetenzgrundlage für die *Einführung und weitere Ausgestaltung mobiler Arbeit* gesehen.¹³⁵ § 97 Abs. 1 Z. 12 ArbVG zum Aufwandsersatz ist insofern bei »sonstigem« mobilem Arbeiten außerhalb des legaldefinierten Homeoffice relevant, als keine Beschränkungen wie im Rahmen des § 2h Abs. 3 AVRAG bestehen. Für den Fall des Einsatzes eigener PCs oder Mobiltelefone kann daher etwa auch der Ersatz der Abnutzung mitgeregelt werden. Keinesfalls darf es dabei aber zu einer (impliziten) Regelung von Entgelt kommen.¹³⁶ Einschlägig ist schließlich auch § 96 Abs. 1 Z. 26 ArbVG zur besseren Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf.

Neu geschaffen wurde im Zuge des Homeoffice-Maßnahmenpakets § 97 Abs. 1 Z. 27 ArbVG (*»Rahmenbedingungen für Arbeit im Homeoffice«*): Sonstiges mobiles Arbeiten ist hiervon wiederum nicht erfasst, da es nur um Homeoffice im Sinne des § 2h AVRAG geht.¹³⁷ Inhaltlich soll es bei den »Rahmenbedingungen« dem Gesetzgeber zufolge vor allem um die *»Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren private Nutzung das Rückkehrrecht vom Homeoffice und Regelungen zum (pauschalen) Kostenersatz«* gehen. Da der Kompetenztatbestand *»denkbar weit«* ist, bejaht die wohl hA. auch

die Zulässigkeit, einen arbeitnehmerseitigen Anspruch auf Homeoffice zu vereinbaren; die Günstigkeit gem. § 16 AVRAG sei dabei gewahrt. Eine Pflicht zum Homeoffice kann hingegen – ebenfalls wegen der einseitig zwingenden Natur des § 2h AVRAG – nicht vereinbart werden.¹³⁸ Im Übrigen wird zu § 97 Abs. 1 Z. 27 ArbVG Ähnliches diskutiert wie in Deutschland zu § 87 Abs. 1 Z. 14 BetrVG.

IV. Unfallversicherungsschutz

Aus rechtsvergleichender Perspektive ist hier nicht so sehr die neue Homeoffice-Regelung in § 175 Abs. 1a ASVG, sondern vielmehr die Judikaturänderung¹³⁹ in Zusammenhang mit Arbeitsunfällen im Wohnhaus der versicherten Person von Interesse. Das Berufungsgericht ließ in diesem Fall die Revision an den OGH auch deshalb zu, weil *»das deutsche BSG¹⁴⁰ seine Rechtsprechung mittlerweile geändert habe«*. Worum ging es nun in concreto? Wie könnte es anders sein¹⁴¹ – um einen Treppensturz.

133 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 17; Binder, in: Tomandl/Risak (Fn. 118), § 97 Rn. 98; ZellKomm-Reissner (Fn. 118), § 97 ArbVG Rn. 46.

134 Marhold/Brameshuber/Friedrich, Arbeitsrecht (Fn. 54), S. 811 f.

135 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 19; Körber-Risak, in: Köck (Fn. 69), S. 8; Gruber-Risak, CuRe 2021/5; Eichmeyer/Egger, RdW 2020, 849; krit. Löschnigg, in: Brodil (Fn. 27), S. 45; Felten, DRdA 2020, 514; Binder, in: Tomandl/Risak (Fn. 118), § 97 Rn. 132 f.; Strasser, in: Tomandl (Hrsg.), Probleme des Einsatzes von Betriebsvereinbarungen, Wien 1983, S. 70.

136 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 21 mwN.

137 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 5; aA. offensichtlich Körber-Risak, in: Körber-Risak (Fn. 69), S. 8.

138 Dullinger, in: Köck (Fn. 69), § 97 ArbVG Rn. 6 f. mwN.

139 OGH, 27.4.2012 – 10 ObS 15/21k – ECLI:AT:OGH0002:2021:E131950.

140 Der OGH verweist dabei auf das BSG (BSG, 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R – NJW 2017, 508, Rn. 24 f.; BSG, 31.8.2017 – B 2 U 9/16 R – NZS 2018, 372, Rn. 12, 14; BSG, 27.11.2018 – B 2 U 8/17 R – NZS 2019, 515, Rn. 12 f. Auch in dieser – mittlerweile bereits älteren Judikatur wird auch innerhalb der häuslichen Sphäre auf die objektivierete Handlungstendenz der versicherten Person abgestellt. Fortgesetzt und angepasst an die neue Rechtslage hat das BSG diese Judikatur mit Urteil vom 8.12.2021 – B 2 U 4/21R – BeckRS 2021, 39878, in dem es ebenfalls um einen Treppensturz ging. Dem BSG zufolge kommt es dann, wenn Wohnsphäre und Arbeitsstätte im selben Gebäude liegen, auf die *»objektivierete Handlungstendenz«* an. Zu fragen ist danach, inwiefern die versicherte Person in concreto eine solche Tendenz hat, eine unternehmensdienliche Tätigkeit ausführen zu wollen. Wege, die dem *»Dienstantritt«* dienen, werden nunmehr als Betriebswege eingestuft; dabei handelt es sich um *»Wege, die in Ausübung der versicherten Tätigkeit absolviert und im unmittelbaren Betriebsinteresse wahrgenommen werden«* (und gerade nicht *»nur«* um Wege gem. § 8 Abs. 2 S. 1 SGB VII). Nunmehr sind daher auch *privatnützige Handlungen wie das Holen eines Getränks oder der Toilettengang zuhause versichert* (s. Sura, NZA-RR 2022, 392).

141 Treppensturzfälle sind auch in Österreich idR. die relevanten Unfallversicherungsfälle, denn idR. geht es um Leistungen, die die Krankenversicherung nicht deckt, also vor allem um die Versehrtenrente, für die es einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 20 % bedarf, die länger als drei Monate dauert (§§ 203 ff ASVG).

Während bislang auf ein Überwiegen der betrieblichen Nutzung des konkreten Unfallorts abgestellt wurde, sah sich der OGH – auch angesichts »der neueren deutschen Rechtsprechung« dazu veranlasst, von seiner bisherigen Judikatur abzugehen. Nunmehr wird die gesamte Wohnung als möglicher Unfallort angesehen; es erfolgt gerade keine Trennung mehr zwischen »betrieblicher/dienstlicher« und »privater« Nutzung. Dies macht insofern Sinn, als der Laptop ja gerade nicht »im Büro« steht; gearbeitet kann auch mit dem Mobiltelefon von überall aus werden. Abzustellen ist daher unabhängig davon, ob der konkrete Unfallort überwiegend betrieblich oder privat genutzt wird, auf die *objektivierte Handlungstendenz in Richtung einer dienstlichen Tätigkeit*.¹⁴²

Die gesetzliche Regelung in § 175 Abs. 1a ASVG, wonach Arbeitsunfälle auch Unfälle sind, die sich im zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung *in der Wohnung (Homeoffice)* ergeben, wird insbesondere angesichts dieser Judikaturwende kritisch beurteilt: Aufgrund des nunmehr stets zu prüfenden zeitlichen, örtlichen und ursächlichen Zusammenhangs wird die Regelung als unnötige Aufdoppelung gesehen. Sie könnte vor allem auch die Frage aufwerfen, ob sonstiges disloziertes Arbeiten, etwa im Kaffeehaus, nicht im unfallversicherungsrechtlich geschützten Lebensbereich liegt.¹⁴³ Wie ein Vergleich mit § 8 Abs. 1 SGB VII¹⁴⁴ zeigt, hinkt die österreichische Regelung der deutschen hinterher, denn auf das Ausüben der Tätigkeit »*an einem anderen Ort*« wird gerade nicht abgestellt.

Fraglich ist daher vor allem, ob mit der Neuregelung in Abs. 1a der Unfallversicherungsschutz für betriebliche Tätigkeiten im Rahmen digitalisierter Kommunikation, also bei Remote Work außerhalb der legaldefinierten Wohnung, ausgeschlossen wurde. Dies wird von der Lehre verneint: Unfälle bei sonstiger entgrenzter Arbeit ließen sich wie bisher unter § 175 Abs. 1 ASVG subsumieren, sofern ein kausaler Zusammenhang¹⁴⁵ – und nach der jüngsten Judikatur auch eine objektivierte Handlungstendenz – bestehen.

Denkt man in diesem Zusammenhang aber die Judikatur zur objektivierten Handlungstendenz fort, so stellt sich jedoch die Frage, ob nun, sobald etwa beim Wandern oder Kaffeetrinken gearbeitet wird (etwa eine Prüfungsfrage ausgedacht wird), auch der Unfallversicherungsschutz gegeben ist; zu

denken ist etwa an einen Beinbruch beim Wandern oder eine Gehirnerschütterung, wenn im Kaffeehaus die Lampe auf den Kopf fällt.¹⁴⁶ Kann es in der Tat so sein, dass dann, wenn das mobile Setting zum Arbeitsplatz wird, alle damit verbundenen Gefahren auch der Unfallversicherung zuzurechnen sind? Dagegen spricht, dass es nicht angehen kann, das gesamte Allgemeinrisiko der Versichertengemeinschaft aufzubürden. Mögliche Anhaltspunkte, die hier bloß zur Diskussion gestellt werden sollen, wären entweder (irgendein) organisiertes Arbeitsumfeld – also zB. ein Coworking-Space, und die damit verbundenen, aber auch beeinflussbaren Risiken; Unfälle beim Spaziergehen am Strand oder Wandern am Berg wären daher nicht erfasst, oder aber (zumindest) ein vom Arbeitnehmer beeinflussbares Umfeld – etwa der Weg in der Wohnung zur Befriedigung der lebensnotwendigen Bedürfnisse, nicht aber jener in einem der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglichen Kaffeehaus.

V. Fazit

Einige Fragen in Zusammenhang mit digitaler Kommunikation können weitgehend zufriedenstellend de lege lata gelöst werden; gerade die österreichischen Regelungen zum Homeoffice zeigen jedoch, dass eine Nichtregelung oftmals besser wäre als eine schlechtgemachte Teilregelung, die mehr Fragen aufwirft, als sie löst. Dass sich der Rechtsvergleich lohnt, ist nicht nur angesichts der Judikatur zur »objektivierten Handlungstendenz«, offensichtlich. Sollen erfolgreiche Modelle wie jenes der Vertrauensarbeitszeit bestehen bleiben können, schiene es durchaus sinnvoll, ein in den Mitgliedstaaten abgestimmtes Modell der Arbeitszeitaufzeichnungen zu entwickeln. Vielleicht ließe sich der EuGH ja von der normativen Kraft des Faktischen (oder noch besser: des Normativen) überzeugen.

142 OGH, 27.4.2021 – 10 ObS 15/21k – ECLI:AT:OGH0002:2021:E131950.

143 Pfeil, DRdA 2022, 31 f.

144 Erforderlich war diese Regelung, da nach der Judikatur des BSG zuvor vor allem »*privatnützige Handlungen*« im Homeoffice oder sonst außerhalb der Betriebsstätte nicht dem Unfallversicherungsschutz unterlagen (s. dazu etwa Zieglermeier, in: Körner/Leitherer/Mutschler (Hrsg.), Kasseler Kommentar SV-Recht, 118. EL., München, März 2022, § 7 SGB VII Rn. 250).

145 Brodil, in: Köck (Fn. 69), § 175 ASVG Rn. 59.

146 S. zur Diskussion auch Mülheims, NZS 2022, 5, 7 f.

Unionsgrundrechtlicher Kinderrechtsschutz – Praktische Auswirkungen in der Rechtsprechung und Entwicklungspotentiale ua. im Wirtschafts- und Arbeitsrecht

Akad. Oberrat Dr. Thomas Klein, Universität Trier*

I. Einleitung

Die Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz wird in Deutschland seit Jahren immer wieder diskutiert.¹ Zuletzt hatte die Große Koalition Anfang des Jahres 2021 einen Gesetzentwurf zur Ergänzung des Art. 6 Abs. 2 GG in den Bundesrat und Bundestag eingebracht, der letztlich jedoch nicht verabschiedet wurde.² Auch im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierungskoalition aus SPD, GRÜNEN und FDP findet sich das Thema wieder.³ Während die politische Debatte über Kindergrundrechte in Deutschland scheinbar auf der Stelle tritt, hat sie auf europäischer Ebene mit Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) am 1. Dezember 2009 zumindest einen vorläufigen Abschluss gefunden. Unter der Überschrift »Rechte des Kindes« verbürgt Art. 24 GRC in drei Absätzen spezielle Kindergrundrechte. Doch welche Auswirkungen hat eine solche Grundrechtsverbürgung tatsächlich? Handelt es sich um bloße Symbolpolitik, die praktisch letztlich ohne Folgen bleibt? Oder verbessert der grundrechtliche Schutz von Kinderrechten tatsächlich deren praktische Wirksamkeit? Diese Fragen geben Anlass für eine Bestandsaufnahme mehr als zwanzig Jahre nach der feierlichen Proklamation⁴ und mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten der GRC. Zudem bieten sie die Gelegenheit für einen Blick auf die bislang kaum beachteten Auswirkungen des unionsgrundrechtlichen Schutzes der Kinderrechte auf das europäische Wirtschafts- und Arbeitsrecht.

II. Kinderrechte im System der Charta

Da das EWG- bzw. EG-Recht keine kodifizierten Grundrechte enthielt, basierte der Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene⁵ lange ausschließlich auf der richterlichen

Anerkennung von (ungeschriebenen) Grundrechten als allgemeine Rechtsgrundsätze.⁶ Im Mittelpunkt standen dabei angesichts der Bedeutung des Binnenmarkts im Gemeinschaftsrecht vor allem die wirtschaftlichen Grundrechte, wie die Berufsfreiheit oder das Eigentumsrecht.⁷ Unter Bezugnahme auf Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) erkannte der EuGH darüber hinaus aber ua. auch den Anspruch auf Achtung des Familienlebens als Grundrecht an.⁸ Kinderrechte spielten in der Rechtsprechung des EuGH und im Gemeinschaftsrecht insgesamt kaum eine Rolle.⁹ *Clare McGlynn*¹⁰ stellte daher im Jahr 2002 zu Recht fest: »Children are largely invisible in EU law«.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) in Trier und Lehrbeauftragter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier. Zu seinen Forschungsschwerpunkten gehören ua. europäische und internationale Grund- und Menschenrechtsgewährleistungen und deren Einfluss auf das Unionsrecht sowie das nationale Recht.

1 Siehe jüngst aus der rechtswissenschaftlichen Diskussion etwa *Maywald*, JAmt 2022, 136.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte, BT-Drs. 19/28138; siehe dazu *von Landenberg-Roberg*, NZFam 2021, 145; *Jestaedt*, JAmt 2021, 358.

3 Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP) vom 7.12.2021, S. 74.

4 ABl. 2000, C 364/1.

5 Gemeint ist hier ausschließlich die Ebene der Europäischen Gemeinschaften. Auf der Ebene des Europarats wurde mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) schon im Jahr 1950 ein für die Konventionsstaaten verbindlicher Grund- und Menschenrechtskatalog völkerrechtlich vereinbart. Daneben enthält die ebenfalls auf Ebene des Europarats beschlossene Europäische Sozialcharta (ESC) aus dem Jahr 1961, die inzwischen durch die revidierte Fassung aus dem Jahr 1996 (RESC) eine umfassende Modernisierung erfahren hat, weitere soziale Grundrechte, ua. zum Schutz von Kindern und Jugendlichen (Art. 7 ESC sowie Art. 7 und 17 RESC).

6 Beginnend mit: EuGH, 12.11.1969 – C-29/69 – Slg. 1969, 419 (Stauder).

7 Erstmals bereits: EuGH, 13.12.1979 – C-44/79 – Slg. 1979, 3727 (Hauer).

8 EuGH, 18.5.1989 – C-249/86 – Slg. 1989, 1263 (Kommission/Deutschland).

9 Relevant wurden Kinder vor allem als »Anhängsel« im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht ihrer Eltern, siehe dazu etwa: *McGlynn*, *European Public Law*, Volume 8 (2002), 387, 388 f.; als explizite Regelung zum Schutz von Kindern und Jugendlichen im Sekundärrecht ist insbesondere die RL 94/33/EG über den Jugendarbeitsschutz vom 22.6.1994 (ABl. 1994, L 216/12) zu nennen.

10 *European Public Law*, Volume 8 (2002), 387.

1. Gewährleistungen des Art. 24 GRC

Zumindest die Sichtbarkeit der Kinderrechte sollte sich mit Inkrafttreten der GRC ändern. Das Herzstück des Kinderrechtsschutzes bildet der bereits erwähnte Art. 24 GRC, der schon ausweislich seiner amtlichen Überschrift die »Rechte des Kindes« verbürgt und deren grundlegende Bedeutung bekräftigt.¹¹ Die Norm stützt sich – wie den nach Art. 52 Abs. 7 GRC bei der Auslegung gebührend zu berücksichtigenden Erläuterungen zur GRC zu entnehmen ist – auf das von allen Mitgliedstaaten ratifizierte Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention, nachfolgend abgekürzt: KRK), insbesondere auf dessen Art. 3, 9, 12 und 13.¹² Diesem Ursprung trägt der EuGH in seiner Judikatur Rechnung, indem er die KRK – einschließlich der Spruchpraxis des *UN Committee on the Rights of the Child (UNCRC)*¹³ – bei der Anwendung des Art. 24 GRC als Rechtserkenntnisquelle heranzieht.¹⁴

a) Schutz-, Fürsorge- und Partizipationsrechte (Art. 24 Abs. 1 GRC)

Wie die Bestimmungen der KRK lassen sich die Kinderrechte in Art. 24 Abs. 1 GRC in Schutz-, Fürsorge- und Partizipationsrechte unterteilen.¹⁵ Abs. 1 S. 1 verbürgt Kindern einen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind, und verfolgt damit einen eher paternalistischen Ansatz. Die Sätze 2 und 3 ergänzen diesen Anspruch um das Recht der Kinder auf freie Meinungsäußerung und darauf, dass ihre Meinung in den sie betreffenden Angelegenheiten, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt wird. Sie zielen damit zwar in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten auf eine Berücksichtigung des Kindeswillens, wie sie auch in Art. 12 KRK vorgesehen ist. Das bedeutet jedoch nicht, dass unter allen Umständen eine Anhörung des Kindes durchgeführt werden muss. Das nach Art. 24 Abs. 2 GRC zu berücksichtigende Kindeswohl kann vielmehr (zB. bei sorgerechtl. Streitigkeiten) auch ein Absehen von einer Anhörung rechtfertigen.¹⁶ Dem Kind müssen dann jedoch »die rechtlichen Verfahren und Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, die es ihm ermöglichen, seine Meinung frei zu äußern«.¹⁷ Wird eine Anhörung durchgeführt, muss das Gericht »nach Maßgabe des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der Umstände jedes Einzelfalls

alle geeigneten Maßnahmen [...] [treffen], damit die praktische Wirksamkeit der genannten Bestimmungen gewahrt wird und dem Kind eine tatsächliche und wirk-same Möglichkeit geboten wird, sich zu äußern«.¹⁸ Dabei muss das Gericht »auf alle ihm nach seinem nationalen Recht zur Verfügung stehenden Mittel sowie auf die der grenzüberschreitenden gerichtlichen Zusammenarbeit eigenen Instrumente zurückgreifen«.¹⁹

b) Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 24 Abs. 2 GRC)

Nach Art. 24 Abs. 2 GRC muss bei allen Kinder betref-fenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein. Die Formulierung ist eng an Art. 3 Abs. 1 KRK angelehnt.²⁰ Der EuGH versteht die Vor-schrift – der Spruchpraxis des *UNCRC* folgend²¹ – dahingehend, dass sie allgemein für alle Entscheidungen und Maßnahmen gilt, die sich unmittelbar oder mittel-bar auf Kinder auswirken.²² Ausgehend von diesem Ver-ständnis besitzt Art. 24 Abs. 2 GRC das Potential, weite Teile des Unionsrechts zu durchdringen. Praktisch hat

11 Vgl. EuGH, 14.1.2021 – C-441/19 – ECLI:EU:C:2021:9 (Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid [Retour d'un mineur non accompagné]), Rn. 45.

12 Die KRK zählte auch bereits vor Inkrafttreten der GRC zu den völkerrecht-lichen Instrumenten zum Schutz der Menschenrechte, denen der EuGH bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Rechnung trug, vgl. EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Parla-ment/Rat), Rn. 37; EuGH, 14.2.2008 – C-244/06 – Slg. 2008, I-505 (Dyna-mic Medien), Rn. 39.

13 EuGH, 11.3.2021 – C-112/20 – ECLI:EU:C:2021:197 (Belgischer Staat [Re-tour du parent d'un mineur]), Rn. 38.

14 EuGH, 14.12.2021 – C-490/20 – ECLI:EU:C:2021:1008 (Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«), Rn. 63; EuGH, 11.3.2021 – C-112/20 – ECLI:EU:C:2021:197 (Belgischer Staat [Retour du parent d'un mineur]), Rn. 37 f.; EuGH, 14.2.2008 – C-244/06 – Slg. 2008 I-505 (Dynamic Medien), Rn. 39–41.

15 *Steindorff-Classen*, EuR 2011, 19, 29.

16 EuGH, 22.12.2010 – C-491/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:828 (Aguirre Zarra-ga), Rn. 63 f.

17 EuGH, 22.12.2010 – C-491/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:828 (Aguirre Zarra-ga), Rn. 65.

18 EuGH, 22.12.2010 – C-491/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:828 (Aguirre Zarra-ga), Rn. 66.

19 EuGH, 22.12.2010 – C-491/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:828 (Aguirre Zarra-ga), Rn. 67.

20 Zu den Unterschieden im Wortlaut: *McGlynn*, European Public Law, Volu-me 8 (2002), 387, 395 f.

21 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, Rn. 19.

22 EuGH, 11.3.2021 – C-112/20 – ECLI:EU:C:2021:197 (Belgischer Staat [Re-tour du parent d'un mineur]), Rn. 38.

Art. 24 Abs. 2 GRC dieses Potential bislang allerdings nur ansatzweise entfaltet. Wenn das Wohl des Kindes bei allen Entscheidungen und Maßnahmen, die sich mittelbar auf Kinder auswirken, eine vorrangige Erwägung sein muss, muss vor jeder Entscheidung geprüft werden, welche Auswirkungen sie auf Kinder haben kann. Das gilt prinzipiell für alle Politikfelder.²³ In den politischen Entscheidungsprozessen der EU ist dieses Bewusstsein allerdings ersichtlich noch nicht angekommen. Illustrieren lässt sich dies am Beispiel der im Jahr 2019 erlassenen Vereinbarkeits-RL²⁴, die ua. Regelungen zum Eltern- und Vaterschaftsurlaub enthält. Obwohl diese Richtlinie ganz offensichtlich Auswirkungen auf Kinder hat, findet sich in den Erwägungsgründen kein Hinweis auf Art. 24 GRC. Im fünften Erwägungsgrund wird lediglich auf Art. 18 Abs. 1 KRK verwiesen, wonach beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind und das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen sein sollte. Nach Art. 24 Abs. 2 GRC ist das Wohl des Kindes aber nicht nur Grundanliegen der Eltern, sondern vorrangige Erwägung bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen. Aus diesem Grund wären Erwägungen dahingehend zu erwarten gewesen, inwiefern die Richtlinie dem Wohl des Kindes gerecht wird.²⁵

Art. 24 Abs. 2 GRC verlangt, dass das Kindeswohl *eine vorrangige Erwägung* sein muss. Dem Kindeswohl wird damit zwar eine besondere Bedeutung, aber kein absoluter Vorrang eingeräumt.²⁶ Der Union bzw. den Mitgliedstaaten bleibt bei Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf Kinder auswirken, also weiterhin ein Ermessensspielraum.²⁷ Art. 24 Abs. 2 GRC schließt es insbesondere nicht aus, dass das Kindeswohl im Einzelfall hinter andere Interessen zurücktreten muss.

c) Kontakt zu beiden Elternteilen (Art. 24 Abs. 3 GRC)

Gemäß Art. 24 Abs. 3 GRC hat jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, sofern dies seinem Wohl nicht entgegensteht. Der Absatz trägt ausweislich der Erläuterungen zur GRC dem Umstand Rechnung, dass die EU-Kompetenz im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen (Art. 81 AEUV) auch das Umgangsrecht umfasst.

2. Schutz von Kinderrechten durch verschiedene Grundrechte

Stellt man den Gewährleistungsgehalt des Art. 24 GRC den in der KRK verbürgten Kinderrechten gegenüber, scheint das Schutzniveau der GRC deutlich hinter demjenigen der Konvention zurückzubleiben. Auffällig ist insbesondere, dass Art. 24 GRC das in Art. 2 KRK verankerte Diskriminierungsverbot sowie das in Art. 6 KRK garantierte Recht auf Leben nicht übernimmt, obwohl diese Rechte vom *UNCRC* als »general principles« eingestuft werden.²⁸ Das vermeintliche Schutzdefizit besteht jedoch nur, wenn Art. 24 GRC isoliert betrachtet wird. Für ein vollständiges Bild des grundrechtlichen Schutzes der Kinderrechte müssen indes auch die übrigen Bestimmungen der GRC in die Betrachtung einbezogen werden.

a) Verbot der Kinderarbeit und Schutz von Jugendlichen am Arbeitsplatz (Art. 32 GRC)

Neben Art. 24 GRC fällt bei der Suche nach Kinderrechten zunächst Art. 32 GRC ins Auge, der Kinderarbeit verbietet und Regelungen zum Schutz von Jugendlichen am Arbeitsplatz enthält. Die Norm stützt sich ausweislich der Erläuterungen auf die RL 94/33/EG über den Jugendarbeitsschutz²⁹, auf Art. 7 der Europäischen Sozialcharta sowie auf die Nummern 20 bis 23 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Inhaltlich kann Art. 32 GRC als Konkretisierung der Schutz- und Für-

23 So können beispielsweise auch Maßnahmen, die der Verwirklichung des Binnenmarkts und dem Verbraucherschutz dienen, unmittelbare oder zumindest mittelbare Auswirkungen auf Kinder haben, wie etwa die RL 2009/48/EG vom 18.6.2009 über die Sicherheit von Spielzeug, ABl. 2009, L 170/1, eindrucklich belegt.

24 RL (EU) 2019/1158 vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der RL 2010/18/EU des Rates, ABl. 2010, L 188/79.

25 Siehe dazu auch unter III.4.

26 Vgl. EuGH, 22.2.2022 – C-483/20 – ECLI:EU:C:2022:103 (Commissaire général aux réfugiés und aux apatrides [Unité familiale - Protection déjà accordée]), Rn. 36: »Insoweit haben die durch die Art. 7 und 24 GRC garantierten Rechte im Gegensatz zu dem in Art. 4 GRC verankerten Schutz vor jeder unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung keinen absoluten Charakter und können daher unter den in Art. 52 Abs. 1 GRC genannten Voraussetzungen eingeschränkt werden.«; ebenso: *Enmuschat*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, München 2016, Art. 24 Rn. 18.

27 EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Parlament/Rat), Rn. 59; BVerwG, 21.7.2015 – 1 B 26.15 – AuAS 2015, 194.

28 Vgl. *McGlynn*, European Public Law, Volume 8 (2002), 387, 394.

29 Vom 22.6.1994, ABl. 1994, L 216/12.

sorgepflicht aus Art. 24 Abs. 1 GRC eingeordnet werden, die dieser allgemeinen Regelung als *lex specialis* vorgeht.³⁰ Mit Art. 32 GRC wird der durch Art. 32 KRK geforderte Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung verwirklicht.

b) Schutz von Kindern durch sonstige Grundrechte

Unabhängig von den beiden speziellen Artikeln über die Rechte von Kindern und Jugendlichen werden die meisten übrigen der in der GRC verankerten Grundrechte jedem Menschen bzw. jeder Person garantiert und gelten somit nicht nur für Erwachsene, sondern auch für Kinder.³¹ Durch die Anwendung dieser Grundrechte und ggf. deren Auslegung im Licht der KRK können die auf den ersten Blick gegenüber der KRK bestehenden Schutzdefizite beseitigt werden. Dies gilt auch für die bereits genannten *general principles* aus Art. 2 und 6 KRK.

Der Schutz vor Diskriminierung kann auch für Kinder und Jugendliche umfassend durch Art. 21 GRC gewährleistet werden. Da Art. 21 Abs. 1 GRC keine abschließende, sondern bloß eine beispielhafte (»insbesondere«) Aufzählung inkriminierter Merkmale enthält, ist die Norm hinreichend flexibel, um die in Art. 2 KRK normierten Diskriminierungsgründe aufzunehmen, die in Art. 21 GRC nicht ausdrücklich genannt werden. So könnten die nach Art. 2 Abs. 2 KRK zu unterbindenden Diskriminierungen des Kindes wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäußerungen oder der Weltanschauung seiner Eltern unter Art. 21 Abs. 1 GRC subsumiert werden.³² Einen Anknüpfungspunkt für diese Lösung liefert die Rechtsprechung zum Verbot von Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Nach dem Urteil *Coleman*³³ liegt eine verbotene Diskriminierung wegen einer Behinderung auch dann vor, wenn eine Frau im Berufsleben wegen der Behinderung ihres Kindes ungünstiger behandelt wird. Die Behinderung muss also nicht zwingend bei der diskriminierten Person selbst vorliegen. Diese Erwägung ließe sich auf Fälle übertragen, in denen ein Kind aus Gründen, die in der Person seiner Eltern liegen, eine ungünstigere Behandlung erfährt.

In seinem Urteil *Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«*³⁴ hat der EuGH jedoch einen anderen Weg gewählt. Die Rechtssache betraf eine Benachteiligung eines Kindes wegen der sexuellen Orientierung seiner Eltern. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen Art. 7 und 24 GRC und verwies in diesem Zusammenhang ua. auf Art. 2 KRK, den er bei der Auslegung des Art. 24 Abs. 2 GRC

berücksichtigte, ohne auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 Abs. 1 GRC zurückzugreifen. Er begründete dies damit, dass Art. 24 GRC ausweislich der Erläuterungen die wichtigsten Rechte aus der KRK »in das Unionsrecht integriert« habe, weshalb den Bestimmungen der KRK bei der Auslegung des Art. 24 GRC gebührend Rechnung zu tragen sei.³⁵

Unabhängig davon, welchem der dargestellten Wege man den Vorzug einräumt, kann im Ergebnis festgehalten werden, dass der Schutz der GRC nicht hinter den Vorgaben des Art. 2 KRK zurückbleibt. Im Gegenteil: Das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 Abs. 1 GRC geht in einem wichtigen Punkt über das in Art. 2 Abs. 1 KRK enthaltene Verbot hinaus, denn es erstreckt sich auch auf Diskriminierungen wegen des Alters. Eine solche liegt nicht nur vor, wenn ältere Menschen benachteiligt werden, sondern auch dann, wenn junge Menschen wegen ihres Alters, beispielsweise wegen des Unterschreitens der für den Eintritt der Volljährigkeit maßgeblichen Altersgrenze, eine andere Behandlung erfahren als ältere Menschen.³⁶ Art. 21 Abs. 1 GRC verbietet somit jede unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung von Kindern gegenüber Erwachsenen, sofern diese nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.³⁷

Das ebenfalls als *general principle* eingestufte Recht auf Leben nach Art. 6 KRK wird durch Art. 2 Abs. 1 GRC unionsgrundrechtlich garantiert. Dieses Grundrecht gilt

30 Zutreffend: *Nußberger/Ennuschat*, in: Stern/Sachs (Fn. 26), Art. 24 Rn. 18; unpräzise ist es hingegen, von einem generellen Vorrang gegenüber Art. 24 GRC auszugehen, so etwa: *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., München 2021, Art. 32 Rn. 4. Art. 24 Abs. 2 GRC behält insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung der nach Art. 32 Satz 2 GRC zulässigen »begrenzten Ausnahmen« einen eigenen Anwendungsbereich.

31 *Jarass* (Fn. 30), Art. 51 Rn. 50; im Hinblick auf das Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 6 GRC: EuGH, 26.4.2012 – C-92/12 PPU – ECLI:EU:C:2012:255 (Health Service Executive), Rn. 111; im Zusammenhang mit dem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 18 EGV (heute Art. 21 AEUV sowie Art. 45 GRC): EuGH, 19.10.2004 – C-200/02 – Slg. 2004, I-9925 (Zhu), Rn. 20; einschränkend: *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der EU, Köln 2004, Rn. 378 ff.

32 *Jarass* (Fn. 30), Art. 21 Rn. 9.

33 EuGH, 17.7.2008 – C-303/06 – Slg. 2008, I-5615 (Coleman).

34 EuGH, 14.12.2021 – C-490/20 – ECLI:EU:C:2021:1008 (Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«).

35 EuGH, 14.12.2021 – C-490/20 – ECLI:EU:C:2021:1008 (Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«), Rn. 63.

36 Vgl. zur Benachteiligung junger Menschen: EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-0365 (Küçükdeveci); s. ferner: *Schmahl*, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, zugleich Bd. 2 der Enzyklopädie Europarecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2022, § 20 Rn. 116 mwN.

37 *McGlynn*, European Public Law, Volume 8 (2002), 387, 393.

unstreitig auch für Kinder. Streit besteht lediglich in Bezug auf den Schutz des ungeborenen Kindes.³⁸ Im Übrigen finden sich für eine Reihe weiterer wichtiger Rechte aus der KRK Parallelgewährleistungen in der GRC, die auch für Kinder und Jugendliche gelten.³⁹ Soweit keine Parallelgewährleistungen bestehen, kann den Gewährleistungen der KRK – dem bereits erwähnten Urteil *Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«* folgend – bei der Auslegung des Art. 24 GRC gebührend Rechnung getragen werden.⁴⁰

c) Grundrechtlicher Schutz der Familie und der Eltern

Eng mit dem Schutz der Kinderrechte verbunden ist schließlich der grundrechtliche Schutz der Familie und der Eltern. Nach Art. 7 GRC hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Familienlebens. Dieses Recht hat gemäß Art. 52 Abs. 3 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite wie das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens. Es schützt ua. das familiäre Zusammenleben.⁴¹ Daneben enthält Art. 33 GRC grundrechtliche Gewährleistungen zum Schutz von Eltern und Familie. Nach Art. 33 Abs. 1 GRC wird der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie gewährleistet. Diese allgemeine Verbürgung wird in Art. 33 Abs. 2 GRC im Hinblick auf die Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben konkretisiert. Dementsprechend hat jeder Mensch das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie den Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes.

3. Anwendungsbereich der GRC

Das Normgefüge der GRC ist also prinzipiell geeignet, die in der KRK verankerten Kinderrechte grundrechtlich zu schützen. Die Reichweite dieses Schutzes ist jedoch aufgrund des Anwendungsbereichs der GRC beschränkt. Mit der GRC wurde kein umfassender Grundrechtsschutz für die gesamte EU errichtet, sondern die föderative Vielfalt der grundrechtlichen Gewährleistungen anerkannt.⁴² Dies spiegelt sich in ihrem eingeschränkten Anwendungsbereich wider: Nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 gilt die GRC für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.

Umfassend gebunden ist also nur die EU. Eine Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 liegt vor, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.⁴³ Die Mitgliedstaaten sind demnach insbesondere beim Vollzug und bei der Anwendung von Verordnungen⁴⁴, bei der Umsetzung von Richtlinien⁴⁵ sowie bei der Einschränkung der Grundfreiheiten⁴⁶ an die GRC gebunden. Jenseits des Geltungsbereichs des Unionsrechts sind die Mitgliedstaaten indessen ausschließlich an ihre nationalen Grundrechte sowie die von ihnen ratifizierten völkerrechtlichen Menschenrechtsübereinkommen, zu denen auch die KRK gehört, gebunden. Der Schutz der Kinderrechte im nicht unionsrechtlich determinierten Bereich ist also davon abhängig, welche Gewährleistungen das nationale Verfassungsrecht verbürgt und welchen Rang das nationale Recht den völkerrechtlichen Kinderrechtsstandards

38 Siehe dazu etwa: *Höfling/Kempny*, in: Stern/Sachs (Fn. 26), Art. 2 Rn. 17 ff.

39 Vgl. insbesondere Art. 2 Abs. 2 (Verbot der Todesstrafe), Art. 4 (Verbot der Folter), Art. 7 (Schutz der Privatsphäre und Ehre), Art. 10 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit), Art. 11 (Meinungs- und Informationsfreiheit), Art. 12 (Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit), Art. 14 (Recht auf Bildung), Art. 26 (Integration von Menschen mit Behinderung), Art. 34 (Soziale Sicherheit und Soziale Unterstützung), Art. 35 (Gesundheitsschutz).

40 In der genannten Entscheidung berücksichtigte der EuGH neben dem Diskriminierungsverbot aus Art. 2 KRK auch das in Art. 7 KRK verbürgte Recht, nach seiner Geburt in ein Register eingetragen zu werden, einen Namen zu haben und eine Staatsangehörigkeit zu erwerben, EuGH, 14.12.2021 – C-490/20 – ECLI:EU:C:2021:1008 (*Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«*), Rn. 64.

41 Vgl. EuGH, 11.7.2002 – C-60/00 – Slg. 2002, I-6279 (*Carpenter*), Rn. 41 f.; EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (*Parlament/Rat*), Rn. 52 ff.; BGH, 30.3.2017 – I ZR 19/16 – NJW 2018, 65, Rn. 21.

42 BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – BVerfGE 152, 152 (Recht auf Vergessen I), Rn. 43.

43 EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 21; siehe zur Einschränkung und Konkretisierung dieser Formel: EuGH, 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 (*Julian Hernández*), Rn. 34; zu den Auswirkungen auf die Grundrechtsprüfung des BVerfG siehe: BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – BVerfGE 152, 152 (Recht auf Vergessen I); BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – BVerfGE 152, 216 (Recht auf Vergessen II); dazu ausführlich: *Klein/Leist*, ZESAR 2020, 449.

44 Vgl. EuGH, 25.5.2016 – C-559/14 – ECLI:EU:C:2016:349 (*Meroni*), Rn. 44; EuGH, 15.5.2014 – C-135/13 – ECLI:EU:C:2014:327 (*Szattmári Malom*), Rn. 65; EuGH, 21.12.2011 – C-411/10 – ECLI:EU:C:2011:865 (N.S.), Rn. 64 ff.

45 Vgl. EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), Rn. 49; EuGH, 9.3.2017 – C-406/15 – ECLI:EU:C:2017:198 (*Milkova*), Rn. 50.

46 Vgl. EuGH, 21.12.2016 – C-201/15 – ECLI:EU:C:2016:972 (*AGET Iraklis*), Rn. 65; EuGH, 30.4.2014 – C-390/12 – ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*), Rn. 36; grundlegend bereits: EuGH, 18.1.1991 – C-260/89 – Slg. 1991 I-2925 (*ERT*), Rn. 41 ff.; zur Beschränkung der Binnenmarktfreiheiten zum Schutz der Kinderrechte siehe unter III.3.

einräumt.⁴⁷ Die Verankerung der Kinderrechte in Art. 24 GRC vermag daher einen grundrechtlichen Schutz in den Mitgliedstaaten nicht zu ersetzen, zumal wichtige Bereiche wie das Kinder- und Jugendhilferecht unionsrechtlich kaum determiniert sind. Die zentrale Funktion der GRC besteht vielmehr darin, Schutzlücken zu schließen, die anderenfalls durch den Vorrang des Unionsrechts auch vor dem nationalen Verfassungsrecht entstehen könnten.⁴⁸

III. Bestandsaufnahme: Rechte des Kindes in der Rechtsprechung

Dass die GRC grundsätzlich geeignet ist, ein hohes Maß an Schutz zu gewährleisten, bedeutet noch nicht, dass die Kinderrechte im Unionsrecht auch tatsächlich ein besonderes Gewicht haben. Dass es am politischen Bewusstsein für die in Art. 24 GRC verankerten Rechte mitunter noch mangelt, wurde oben bereits erwähnt.⁴⁹ In der Rechtsprechung wird Art. 24 GRC zwar immer öfter zitiert. Allein aus diesem Umstand lassen sich jedoch noch keine Rückschlüsse auf das tatsächliche Gewicht der durch Art. 24 GRC verbürgten Rechte ziehen, denn dieses ergibt sich erst aus dem Zusammenspiel mit gegenläufigen Interessen und Zielsetzungen. Um die tatsächlichen Auswirkungen des grundrechtlichen Schutzes der Kinderrechte durch Art. 24 GRC zu beurteilen, muss daher die nach Art. 52 Abs. 1 GRC erforderliche Abwägung zwischen dem Schutz der Kinderrechte einerseits und den gegenläufigen Interessen und Zielsetzungen andererseits in den Blick genommen werden. Erst das relative Gewicht, das den Kinderrechten im Rahmen dieser Abwägung beigemessen wird, erlaubt eine Antwort auf die Frage, ob die grundrechtliche Verankerung der Kinderrechte tatsächlich zu deren praktischer Wirksamkeit beigetragen oder doch eher bloß symbolischen Charakter hat. Im Rahmen der folgenden Bestandsaufnahme werden daher vor allem die Wechselwirkungen zwischen den kollidierenden Interessen und Zielsetzungen näher beleuchtet. Dabei ist freilich zu beachten, dass die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets die konkreten

Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen hat, weshalb aus einzelnen Entscheidungen nicht voreilig auf abstrakte Aussagen geschlossen werden darf. Dennoch lassen sich aus einer Zusammenschau verschiedener Entscheidungen Tendenzen erkennen, die vorsichtige Rückschlüsse auf das Vorverständnis des EuGH zulassen.

1. Unionsbürgerschaft, Freizügigkeit sowie Asyl- und Aufenthaltsrecht

Besonders häufig wurde Art. 24 GRC bislang bei der Beurteilung von Fragen auf dem Gebiet der Unionsbürgerschaft, der Freizügigkeit sowie des Asyl- und Aufenthaltsrechts herangezogen.

a) Gebührende Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Ermessensausübung und einzelfallbezogene Abwägung

Den Ausgangspunkt markiert in diesem Bereich das Verständnis des EuGH in der Rs. *Parlament/Rat*, im Rahmen derer das Europäische Parlament die Nichtigerklärung einiger Vorschriften der Familienzusammenführungs-RL⁵⁰ beantragte, welche den Mitgliedstaaten Ausnahmen von dem Recht auf Familienzusammenführung gestatten. Obwohl die GRC zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht rechtsverbindlich war, prüfte der EuGH die Gültigkeit der Bestimmungen ua. im Licht des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 GRC sowie der Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls gemäß Art. 24 Abs. 2 GRC. Dabei stellte er fest, dass diese Grundrechte zwar »die Bedeutung des Familienlebens für das Kind [unterstreichen,] [...] aber für die

47 In Deutschland stehen die von der BRD ratifizierten völkerrechtlichen Verträge – wie das hierzu erlassene Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG – im Rang eines einfachen Bundesgesetzes und besitzen keinen Übergesetzes- oder gar Verfassungsrang, BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – BVerfGE 141, 1, Rn. 45 f. Trotz dieses Rangs sind sie bei der Auslegung des deutschen Rechts einschließlich des Verfassungsrechts als Rechtskenntnisquelle zu berücksichtigen (Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung), vgl. BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307.

48 Darüber hinaus kann Art. 24 GRC auch jenseits des Anwendungsbereichs der GRC im deutschen Recht relevant werden, da die Grundrechte des GG im Lichte der GRC auszulegen sind, BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – BVerfGE 152, 152 (Recht auf Vergessen I), Rn. 60.

49 S. unter II.1.b.

50 RL 2003/86/EG vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. 2003, L 251/12.

Mitglieder einer Familie kein subjektives Recht auf Aufnahme im Hoheitsgebiet eines Staates [begründen] und [...] sich nicht dahin auslegen [lassen], dass den Staaten bei der Prüfung von Anträgen auf Familienzusammenführung kein Ermessensspielraum verbliebe«. ⁵¹ Ausgehend von diesem Verständnis waren die vom Parlament angegriffenen Vorschriften nicht zu beanstanden, da die Richtlinie den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Familienzusammenführung grundsätzlich präzise positive Verpflichtungen auferlegt und ihnen lediglich einen begrenzten Ermessensspielraum belässt, »um in jedem Einzelfall die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen«. ⁵² Überdies stellt Art. 5 Abs. 5 der RL sicher, dass das Wohl minderjähriger Kinder bei der vorzunehmenden Interessenabwägung gebührend berücksichtigt wird. ⁵³ Der Entscheidung lassen sich zwei Grundaussagen zu Art. 24 Abs. 2 GRC entnehmen: Auf der einen Seite begründet Art. 24 Abs. 2 GRC keine absolute Rechtsposition. Das Kindeswohl ist vielmehr in jedem Einzelfall mit anderen betroffenen Interessen abzuwägen. Auf der anderen Seite darf das Kindeswohl allerdings auch nicht unberücksichtigt bleiben. Der den Mitgliedstaaten belassene Ermessensspielraum wurde nur unter der Voraussetzung gebilligt, dass das Kindeswohl im Rahmen der in jedem Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung gebührend berücksichtigt wird. Art. 24 Abs. 2 GRC ist also einerseits einer Abwägung mit anderen Interessen zugänglich, er verlangt aber andererseits zugleich, dass das Kindeswohl in jedem Einzelfall in die Abwägung eingestellt und gebührend berücksichtigt wird. Dieser Grundtenor bildet den Ausgangspunkt für die weitere Rechtsprechung, die im Folgenden anhand einiger Beispiele illustriert werden soll.

In der Rs. *O. und S.* wurde das aus Art. 24 GRC abgeleitete Berücksichtigungs- und Abwägungsgebot im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 der Familienzusammenführungs-RL relevant, wonach die Mitgliedstaaten bei einem Antrag auf Familienzusammenführung verlangen können, dass der Zusammenführende über feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des betreffenden Mitgliedstaates für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen ausreicht. Diese Vorschrift legte der EuGH ua. im Licht von Art. 24 Abs. 2 und 3 GRC aus und gelangte zu dem Ergebnis, dass die nationalen Behörden bei der Prüfung von Anträgen »alle zu berücksichtigenden

Interessen, insbesondere die der betroffenen Kinder, ausgewogen und sachgerecht bewerten [müssen]«. ⁵⁴ Dasselbe gilt ausweislich eines weiteren Urteils für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 bzw. Art. 11 Abs. 2 der Familienzusammenführungs-RL, ob familiäre Bindungen bestehen. ⁵⁵ Art. 24 GRC steht also einer schematischen Ermessensausübung bei der Anwendung der Vorschriften der Familienzusammenführungs-RL entgegen und verlangt stattdessen eine individualisierte Beurteilung jedes Einzelfalls unter Einbeziehung aller relevanten Umstände und gebührender Berücksichtigung des Kindeswohls.

Eine einzelfallbezogene Abwägung verlangt Art. 24 Abs. 2 GRC ferner bei der Anwendung der Rückführungs-RL. ^{56, 57} Dasselbe gilt bei der Beurteilung der Frage, ob einem drittstaatsangehörigen Elternteil eines Kindes, das Unionsbürger ist, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach den Vorschriften über die Unionsbürgerschaft bzw. über die Freizügigkeit (Art. 20 AEUV bzw. Art. 21 AEUV iVm. der Freizügigkeits-RL ⁵⁸) zusteht. Aus Art. 24 Abs. 2 GRC folgt in diesem Zusammenhang zum einen, dass bei der Beurteilung der Frage, ob zwischen dem drittstaatsangehörigen Elternteil und dem Kind das nach der Rechtsprechung erforderliche Abhängigkeitsverhältnis besteht, sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (insbesondere das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung, der Grad seiner affektiven Bindung an den drittstaatsangehörigen Elternteil sowie das Risiko, das mit der Trennung von Letzterem für das innere Gleichgewicht des Kindes verbunden wäre). ⁵⁹ Zum

51 EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Parlament/Rat), Rn. 59.
 52 EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Parlament/Rat), Rn. 62.
 53 EuGH, 27.6.2006 – C-540/03 – Slg. 2006, I-5769 (Parlament/Rat), Rn. 63.
 54 EuGH, 6.12.2012 – C-356/11 und C-357/11 – ECLI:EU:C:2012:776 (O. und S.), Rn. 80 f.
 55 EuGH, 13.3.2019 – C-635/17 – ECLI:EU:C:2019:192 (E.), Rn. 52, s. ferner Rn. 79 zur Notwendigkeit etwaiger Nachprüfungen beim Fehlen von Unterlagen.
 56 RL 2008/115/EG vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008, L 348/98.
 57 EuGH, 14.1.2021 – C-441/19 – ECLI:EU:C:2021:9 (Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid [Retour d'un mineur non accompagné]), Rn. 46 f.
 58 RL 2004/38/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004, L 158/77.
 59 EuGH, 10.5.2017 – C-133/15 – ECLI:EU:C:2017:354 (Chavez-Vilchez), Rn. 70 f.; EuGH, 8.5.2018 – C-82/16 – ECLI:EU:C:2018:308 (K.A.), Rn. 71 f.; EuGH, 11.3.2021 – C-112/20 – ECLI:EU:C:2021:197 (Belgischer Staat), Rn. 26 f.

anderen hat der EuGH entschieden, dass die nationalen Behörden das Wohl des Kindes, sein Alter, seinen Gesundheitszustand sowie seine familiäre und wirtschaftliche Situation zu berücksichtigen haben, wenn einem drittstaatsangehörigen Elternteil das abgeleitete Aufenthaltsrecht aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit verweigert werden soll.⁶⁰ Etwaige Vorstrafen des antragsstellenden Elternteils dürfen daher die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht pauschal ausschließen.

Art. 24 GRC kann ferner den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Gewährung von Sozialhilfe an Unionsbürger einschränken. Relevant wird Art. 24 GRC in diesem Zusammenhang nur für Unionsbürger, die sich rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, obwohl sie nach den Vorschriften der Freizügigkeits-RL kein Aufenthaltsrecht besitzen, denn anderenfalls gilt nach Art. 24 der Freizügigkeits-RL ohnehin der Grundsatz der Gleichbehandlung. Wendet ein Mitgliedstaat für Unionsbürger, was das Aufenthaltsrecht angeht, günstigere Regelungen an als die in der Freizügigkeits-RL vorgesehenen, erkennt er damit das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Recht auf Freizügigkeit an, ohne sich auf die in der Freizügigkeits-RL enthaltenen Bedingungen und Beschränkungen zu berufen.⁶¹ Es handelt sich daher um eine Durchführung der Vorschriften des AEUV über den Unionsbürgerstatus, die in den Anwendungsbereich der GRC fällt.⁶² Aus diesem Grund muss sich der Aufnahmemitgliedstaat vor der Ablehnung eines Antrags auf Sozialhilfe vergewissern, dass die Entscheidung »den betreffenden Unionsbürger und die Kinder, für die ihm die elterliche Sorge zusteht, nicht einem konkreten und gegenwärtigen Risiko der Verletzung ihrer Grundrechte, wie sie in den Art. 1, 7 und 24 der Charta verbürgt sind, aussetzt« und er »im Falle der Nichtgewährung von Sozialhilfe mit seinen Kindern dennoch unter würdigen Umständen leben kann«.⁶³ Ähnlich entschied der EuGH im Urteil *Haqbin*.⁶⁴ Die Rechtssache betraf die Auslegung der Aufnahme-RL⁶⁵ im Hinblick auf die Verhängung von Sanktionen gegenüber international Schutzsuchenden wegen grober Verstöße gegen die Vorschriften von Unterbringungszentren und wegen grob gewalttätigen Verhaltens. Für solche Sanktionen ergibt sich einerseits aus der Menschenwürdegarantie in Art. 1 GRC eine absolute Grenze, weshalb sie nicht zum Entzug der im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen, die sich auf Unterkunft, Verpflegung und Kleidung

beziehen, führen dürfen, weil dem Antragsteller anderenfalls die Möglichkeit genommen würde, seine elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen. Darüber hinaus gilt nach Art. 24 GRC für die Verhängung anderer Sanktionen gegenüber unbegleiteten Minderjährigen, dass die Entscheidung unter besonderer Berücksichtigung des Wohls des Minderjährigen und seiner Situation ergehen muss.

b) Ermessensreduzierung

Nach den bisher erläuterten Entscheidungen belässt Art. 24 GRC den Mitgliedstaaten grundsätzlich einen Ermessensspielraum und erzwingt lediglich eine Abwägung mit dem Kindeswohl, ohne ein bestimmtes Ergebnis vorzugeben. Im Einzelfall kann Art. 24 Abs. 2 GRC aber auch zu einer weitgehenden Ermessensreduzierung führen. Dies zeigt eine Entscheidung zu Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 der Freizügigkeits-RL. Nach dieser Bestimmung erleichtern die Mitgliedstaaten sonstigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers, denen dieser im Herkunftsland Unterhalt gewährt oder mit denen dieser im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft lebt, die Einreise und den Aufenthalt. Bei der nach der Vorschrift zu treffenden Ermessensentscheidung über einen Antrag auf Einreise oder Aufenthalt sind die Mitgliedstaaten aufgrund der Art. 7 und 24 Abs. 2 GRC verpflichtet, alle aktuellen und relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung sämtlicher in Rede stehenden Interessen, insbesondere der des betreffenden Kindes, ausgewogen und sachgerecht zu würdigen.⁶⁶ Ergibt diese Würdigung, dass ein unter Vormundschaft von Unionsbürgern gestelltes Kind mit seinen Vormündern ein tatsächliches Familienleben führt und von seinen Vormündern abhängig ist, ist dem Kind angesichts der Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls grundsätzlich ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zu gewähren.⁶⁷ Das Ermessen der

60 EuGH, 13.9.2016 – C-165/14 – ECLI:EU:C:2016:675 (Rendón Marín), Rn. 66, 81 ff.; EuGH, 13.9.2016 – C-304/14 – ECLI:EU:C:2016:674 (CS), Rn. 36 ff.

61 EuGH, 15.7.2021 – C-709/20 – ECLI:EU:C:2021:602 (CG), Rn. 87.

62 EuGH, 15.7.2021 – C-709/20 – ECLI:EU:C:2021:602 (CG), Rn. 88.

63 EuGH, 15.7.2021 – C-709/20 – ECLI:EU:C:2021:602 (CG), Rn. 93.

64 EuGH, 12.11.2019 – C-233/18 – ECLI:EU:C:2019:956 (Haqbin).

65 RL 2013/33/EU vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. 2013, L 180/96.

66 EuGH, 26.3.2019 – C-129/18 – ECLI:EU:C:2019:248 (SM), Rn. 68.

67 EuGH, 26.3.2019 – C-129/18 – ECLI:EU:C:2019:248 (SM), Rn. 71.

Mitgliedstaaten reduziert sich folglich unter bestimmten Umständen auf null. Zu einer ähnlichen Ermessensreduzierung kann es bei der Entscheidung eines Mitgliedstaats über den Verlust der Staatsangehörigkeit eines Minderjährigen kommen. Ist mit diesem zugleich der Verlust der Unionsbürgerschaft verbunden, steht Art. 24 Abs. 2 GRC dem Verlust der Staatsbürgerschaft regelmäßig entgegen, da die Folgen eines solchen Verlusts für den Minderjährigen aus unionsrechtlicher Sicht dem in Art. 24 GRC anerkannten Kindeswohl widersprechen.⁶⁸ In diesen Zusammenhang gehört weiterhin das Urteil in der Rechtssache *Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«*, in dem der EuGH entschieden hat, dass sich aus Art. 4 Abs. 2 EUV und Art. 20 und 21 AEUV iVm. Art. 24 GRC und weiteren primär- und sekundärrechtlichen Vorschriften für einen Mitgliedstaat die Pflicht zur Ausstellung eines Personalausweises und eines Reisepasses für ein minderjähriges Kind ergeben kann.⁶⁹

c) Grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

Zu bestimmten Ergebnissen führt Art. 24 GRC darüber hinaus bei der grundrechtskonformen Auslegung von Sekundärrecht, etwa bei der Auslegung der für Minderjährige geltenden Vorschriften der Familienzusammenführungs-RL. Dies gilt zB. für das Recht unbegleiteter Minderjähriger auf Familienzusammenführung nach Art. 10 Abs. 3 der RL, welches nach Art. 2 lit. f der RL für Drittstaatsangehörige oder Staatenlose unter 18 Jahren besteht, die ohne Begleitung eines für sie nach dem Gesetz oder dem Wohnheitsrecht verantwortlichen Erwachsenen in einen Mitgliedstaat einreisen. Wird der Drittstaatsangehörige bzw. Staatenlose nach der Einreise, aber während des Asylverfahrens volljährig, stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist. Der EuGH hat diese Frage aufgrund einer Auslegung ua. im Licht des Art. 24 Abs. 2 GRC dahingehend beantwortet, dass es nicht auf den Zeitpunkt der Entscheidung im Asylverfahren ankommen darf, sondern ein bei seiner Einreise minderjähriger Antragsteller unabhängig vom Zeitpunkt der Entscheidung über seinen Antrag als Minderjähriger iSd. Art. 2 lit. f iVm. Art. 10 Abs. 3 der Familienzusammenführungs-RL angesehen werden muss.⁷⁰ Er begründete dies damit, dass anderenfalls eine Familienzusammenführung durch eine zögerliche Bearbeitung des Asylantrags verhindert werden könnte. Dies könne die nationalen

Behörden dazu veranlassen, die Verfahren zu verzögern, anstatt die Anträge auf internationalen Schutz unbegleiteter Minderjähriger vorrangig zu bearbeiten, um der besonderen Schutzbedürftigkeit dieser Personen und dem nach Art. 24 Abs. 2 GRC zu berücksichtigenden Kindeswohl Rechnung zu tragen.⁷¹

Ferner ist Art. 24 GRC bei der Auslegung des Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c der Familienzusammenführungs-RL zu berücksichtigen. Nach dieser Vorschrift wird minderjährigen Kindern eines aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen ein Einreise- und Aufenthaltsrecht gewährt. Die Berücksichtigung ua. des Art. 24 Abs. 2 GRC hat zur Folge, dass es für das Bestehen dieses Rechts allein darauf ankommt, dass das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung minderjährig ist.⁷² Durch diese Auslegung wird vermieden, dass das Recht auf Familienzusammenführung durch eine zögerliche Antragsbearbeitung vereitelt wird, und sichergestellt, dass das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung bleibt.⁷³ Dieselben Konsequenzen hat Art. 24 Abs. 2 GRC für die Auslegung des Merkmals »minderjährige« in Art. 2 lit. j dritter Gedankenstrich der Qualifikations-RL.^{74, 75}

Berücksichtigt hat der EuGH Art. 24 GRC außerdem bei der Interpretation von unbestimmten Rechtsbegriffen. Nach Art. 25 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ)⁷⁶ können die Vertragsstaaten einem zur Einreiseverweigerung

68 EuGH, 12.3.2019 – C-221/17 – ECLI:EU:C:2019:189 (Tjebbes), Rn. 47.

69 EuGH, 14.12.2021 – C-490/20 – ECLI:EU:C:2021:1008 (*Stolichna obshtina, rayon »Pancharevo«*).

70 EuGH, 12.4.2018 – C-550/16 – ECLI:EU:C:2018:248 (A. und S.), Rn. 64.

71 EuGH, 12.4.2018 – C-550/16 – ECLI:EU:C:2018:248 (A. und S.), Rn. 58.

72 EuGH, 16.7.2020 – C-133/19, C-136/19 und C-137/19 – ECLI:EU:C:2020:577 (Belgischer Staat).

73 EuGH, 16.7.2020 – C-133/19, C-136/19 und C-137/19 – ECLI:EU:C:2020:577 (Belgischer Staat), Rn. 36 f.

74 RL 2011/95/EU vom 13.12.2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2011, L 337/9.

75 EuGH, 9.9.2021 – C-768/19 – ECLI:EU:C:2021:709 (Bundesrepublik Deutschland [Membre de la famille]), Rn. 36 ff.

76 Übereinkommen vom 19.6.1990 zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.6.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (ABl. 2000, L 239/19) in der durch die VO (EU) Nr. 265/2010 vom 25.3.2010 (ABl. 2010, L 85/1) geänderten Fassung.

ausgeschriebenen Drittstaaten nur bei Vorliegen von »gewichtigen Gründen« ein Aufenthaltstitel erteilen, insbesondere wegen humanitärer Erwägungen oder infolge internationaler Verpflichtungen. Zu den »gewichtigen Gründen« im Sinne dieser Norm gehört auch die Achtung der Grundrechte, etwa der Rechte des Kindes nach Art. 24 GRC.⁷⁷ Allein die Tatsache, dass die Identität eines Drittstaatsangehörigen nicht mit Sicherheit mittels eines gültigen Reisedokuments festgestellt werden kann, nimmt den Vertragsstaaten deshalb nicht die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel aus »gewichtigen Gründen« zum Zwecke der Familienzusammenführung zu erteilen.⁷⁸

Art. 24 GRC verlangt allerdings nur, dass die Rechte des Kindes bei der Auslegung des Unionsrechts im Ergebnis gewahrt werden. Daraus folgt, dass insbesondere eine Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Norm nur in Betracht kommt, wenn das Unionsrecht anderenfalls zu einem grundrechtswidrigen Ergebnis führt. Einzelne Normen können daher nicht isoliert im Licht des Art. 24 GRC betrachtet werden. Vielmehr müssen alle einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts berücksichtigt werden, um festzustellen, ob eine einschränkende Interpretation grundrechtlich geboten ist. Dass dieses Vorverständnis der Rechtsprechung des EuGH zugrunde liegt, zeigt das Urteil in der Rs. *Commissaire général aux réfugiés und aux apatrides*, das die Auslegung des Art. 33 Abs. 2 lit. a der Asylverfahrens-RL⁷⁹ betraf, wonach die Mitgliedstaaten einen Antrag auf internationalen Schutz als unzulässig betrachten können, wenn ein anderer Mitgliedstaat bereits internationalen Schutz gewährt hat. Diese Vorschrift scheint im Hinblick auf Art. 7 und 24 Abs. 2 GRC problematisch, wenn einem Minderjährigen und seinen Eltern in unterschiedlichen Mitgliedstaaten internationaler Schutz gewährt wurde. Dennoch lehnte der EuGH eine einschränkende Auslegung des Art. 33 Abs. 2 lit. a der Asylverfahrens-RL ab und verwies auf den Schutz der genannten Grundrechte durch Art. 23 Abs. 1 und 2 der Qualifikations-RL, wonach die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass der Familienverband aufrechterhalten werden kann und den Familienangehörigen von Personen, denen im eigenen Mitgliedstaat internationaler Schutz zuerkannt worden ist, ein Aufenthaltsrecht gewährt wird.⁸⁰

2. Justizielle Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen

Zahlreiche weitere Entscheidungen, in denen Art. 24 GRC zitiert wird, betreffen den Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen. Häufig wurde Art. 24 GRC insbesondere im Zusammenhang mit Fragen zur Auslegung der Brüssel-IIa-VO⁸¹ herangezogen, die ua. auch die Zuständigkeit für Zivilsachen regelt, welche die Zuweisung, Ausübung, Übertragung und vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung zum Gegenstand haben (Art. 1 Abs. 1 lit. 1, Abs. 2 Brüssel-IIa-VO).⁸² Die einschlägigen Entscheidungen zeigen, dass die Verordnung im Grundsatz den Gewährleistungen des Art. 24 GRC Rechnung trägt, insbesondere weil die für die elterliche Verantwortung festgelegten Zuständigkeitsvorschriften – wie auch im zehnten Erwägungsgrund hervorgehoben wird – dem Wohle des Kindes entsprechend nach dem Kriterium der räumlichen Nähe ausgestaltet wurden und vorzugsweise eine Zuständigkeit in dem Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes begründen. In diesem Kriterium der räumlichen Nähe materialisiert sich nach Ansicht des EuGH das nach Art. 24 Abs. 2 GRC zu berücksichtigende Kindeswohl.⁸³ Die Berücksichtigung des Art. 24 GRC hatte daher meist keine Auswirkungen auf das Auslegungsergebnis.⁸⁴ Art. 24 GRC verlangt allerdings generell eine Beschleunigung des Verfahrens.⁸⁵

77 EuGH, 4.3.2021 – C-193/19 – ECLI:EU:C:2021:168 (Migrationsverket), Rn. 35.

78 EuGH, 4.3.2021 – C-193/19 – ECLI:EU:C:2021:168 (Migrationsverket), Rn. 36.

79 RL 2013/32/EU vom 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. L 180/60.

80 EuGH, 22.2.2022 – C-483/20 – ECLI:EU:C:2022:103 (Commissaire général aux réfugiés und aux apatrides [Unité familiale – Protection déjà accordée]), Rn. 36 ff.

81 VO (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 1347/2000, ABl. 2003, L 338/1.

82 Daneben wurde Art. 24 GRC auch im Zusammenhang mit der Auslegung der VO (EG) Nr. 4/2009 vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. 2009, L 7/1, berücksichtigt, siehe dazu EuGH, 16.7.2015 – C-184/14 – ECLI:EU:C:2015:479 (A.), Rn. 46 ff.

83 EuGH, 17.10.2018 – C-393/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:835 (UD), Rn. 65.

84 Vgl. EuGH, 8.6.2017 – C-111/17 – ECLI:EU:C:2017:436 (PU), Rn. 66; EuGH, 17.10.2018 – C-393/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:835 (UD), Rn. 64 ff.; EuGH, 24.3.2021 – C-603/20 PPU – ECLI:EU:C:2021:231 (MCP), Rn. 60.

85 EuGH, 9.1.2015 – C-498/14 PPU – ECLI:EU:C:2015:3 (RG), Rn. 52.

a) Vielfalt der nationalen Regelungen zum Familien- und Kindschaftsrecht

Die Brüssel-IIa-VO regelt lediglich die gerichtliche Zuständigkeit und harmonisiert insbesondere nicht das nationale Familien- und Kindschaftsrecht. Letzteres kann jedoch Auswirkungen auf die Anwendung der Brüssel-IIa-VO haben. So regelt Art. 10 Brüssel-IIa-VO etwa die Zuständigkeit bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes. Ob ein »widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten des Kindes« vorliegt, ist nach Art. 2 Nr. 11 Brüssel-IIa-VO abhängig vom Bestehen eines Sorgerechts nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. In der Rs. *McB* hatte der EuGH die Frage zu klären, ob dies im Licht des Art. 24 GRC auch dann gelten kann, wenn das Sorgerecht nach dem anzuwendenden nationalen Recht grundsätzlich ausschließlich der Mutter zuerkannt wird und ein leiblicher Vater nur aufgrund einer Gerichtsentscheidung über ein Sorgerecht verfügt. Der EuGH entschied, dass es auch in diesen Fällen ausschließlich auf die Zuerkennung des Sorgerechts durch das nationale Recht ankommt, da die »große Vielfalt der außerehelichen Beziehungen und der sich daraus ergebenden Eltern-Kind-Beziehungen zu berücksichtigen [sei], die ihren Ausdruck in einer unterschiedlichen Anerkennung des Umfangs und der Aufteilung der elterlichen Verantwortung innerhalb der Mitgliedstaaten findet.«⁸⁶ Dem Schutz des Kindeswohls könne in solchen Fällen im Rahmen des Gerichtsverfahrens über die Zuerkennung des Sorgerechts Rechnung getragen werden.⁸⁷ Art. 24 GRC stellt die grundsätzliche Anerkennung der Vielfalt der nationalen Regelungen zum Familien- und Kindschaftsrecht folglich nicht in Frage.

b) Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens

Auch zu einer Ausnahme vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der ein Grundprinzip der justiziellen Zusammenarbeit bildet,⁸⁸ sah sich der EuGH aufgrund der Gewährleistungen des Art. 24 GRC nicht veranlasst. Im familien- und kindschaftsrechtlichen Kontext hatte sich der Gerichtshof mit dieser Frage etwa in der Rs. *Aguirre Zarraga* zu befassen, welche die Auslegung des Art. 42 Abs. 1 Brüssel-IIa-VO betraf. Nach dieser Vorschrift wird eine in einem Mitgliedstaat ergangene vollstreckbare Entscheidung über die Rückgabe des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt und vollstreckt,

wenn im Ursprungsmitgliedstaat eine Bescheinigung nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel-IIa-VO ausgestellt wurde. Nach Art. 42 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a Brüssel-IIa-VO wird eine solche Bescheinigung nur ausgestellt, wenn das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, es sei denn, eine Anhörung erscheint aufgrund seines Alters oder seines Reifegrads unangebracht. Die Prüfung dieser Voraussetzung obliegt nach Art. 42 Brüssel-IIa-VO ausschließlich dem Gericht des Ursprungsmitgliedstaats, welches die Vollstreckbarkeitsbescheinigung nach Art. 42 Abs. 2 Brüssel-IIa-VO ausstellt. Das vorlegende Gericht wollte wissen, ob die Gerichte des Vollstreckungsmitgliedstaats entgegen diesem Grundsatz ausnahmsweise zur Überprüfung der zu vollstreckenden Entscheidung berechtigt sind, wenn diese in gravierender Weise gegen Grundrechte verstößt. Der EuGH stellte in seiner Entscheidung zwar fest, dass bei der Anwendung des Art. 42 Brüssel-IIa-VO die Rechte des Kindes aus Art. 24 GRC zu beachten sind.⁸⁹ Dies ändert nach Ansicht des EuGH jedoch nichts an der alleinigen Zuständigkeit der Gerichte des Ursprungsmitgliedstaats. Die Gerichte des Vollstreckungsstaats bleiben an die Entscheidung dieser Gerichte gebunden, die nach dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens in der Lage sind, einen gleichwertigen und wirksamen Schutz der auf Unionsebene anerkannten Grundrechte zu bieten.⁹⁰

Zu demselben Ergebnis gelangte der EuGH im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen. In der Rechtssache *Piotrowski* ging es um die Berücksichtigung des Art. 24 GRC im Zusammenhang mit einem europäischen Haftbefehl. Die Vollstreckung eines solchen Haftbefehls wird durch den Rahmenbeschluss 2002/584/JI⁹¹ geregelt. In diesem Rahmenbeschluss wird auch festgelegt, unter welchen Voraussetzungen die vollstreckende Behörde die Vollstreckung ablehnen muss (Art. 3) bzw. ablehnen kann (Art. 4 und 4a). Zu den Ablehnungsgründen gehört nach Art. 3 Nr. 3 des Beschlusses der Umstand, dass die

86 EuGH, 5.10.2010 – C-400/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:582 (*McB.*), Rn. 62.
 87 Ebd.
 88 Ausführlich zu diesem Grundsatz: *Kaufhold*, EuR 2012, 408; *Meyer*, EuR 2017, 163.
 89 EuGH, 22.12.2010 – C-491/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:828 (*Aguirre Zarraga*), Rn. 60 ff.
 90 EuGH, 22.12.2010 – C-491/10 PPU – ECLI:EU:C:2010:828 (*Aguirre Zarraga*), Rn. 69 ff.
 91 Rahmenbeschluss 2002/584/JI vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. 2002, L 190/1.

Person, gegen die der europäische Haftbefehl ergangen ist, nach dem Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats das Strafmündigkeitsalter noch nicht erreicht hat. Das vorliegende Gericht, wollte wissen, ob es bei der Prüfung dieses Ablehnungsgrundes neben dem Alter zusätzliche Voraussetzungen prüfen kann, die eine individuelle Begutachtung betreffen und von denen das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats die Verfolgung oder Verurteilung eines Minderjährigen abhängig macht. Der EuGH prüfte diese Frage ua. im Licht des Art. 24 Abs. 2 GRC, der auch im Zusammenhang mit einem europäischen Haftbefehl zu beachten ist. Im Ergebnis stellte er jedoch fest, dass »für die Gewährleistung dieser Rechte in erster Linie der Ausstellungsmitgliedstaat verantwortlich [ist], von dem angenommen werden kann, dass er das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachtet.«⁹² Die Gerichte des Vollstreckungsstaats können die Vollstreckung eines europäischen Haftbefehls folglich nicht zum Schutz des Kindeswohls von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig machen, die im Rahmenbeschluss nicht vorgesehen sind. Den Grundsätzen der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten kommt also der Vorrang zu. Nur in Ausnahmefällen erlaubt der EuGH »unter außergewöhnlichen Umständen« eine Beschränkung dieser Grundsätze zum Schutz der Grundrechte. Die Anforderungen an eine solche Ausnahme sind jedoch hoch, wie das Urteil *Aranyosi und Căldărăru* zeigt, welches das durch Art. 4 GRC aufgestellte und absolut geltende Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung betraf.⁹³

3. Binnenmarktfreiheiten und Freizügigkeit

Bedeutung hat Art. 24 GRC überdies im Zusammenhang mit der Beschränkung von EU-Grundfreiheiten. Nach der sogenannten *Cassis-de-Dijon*-Formel ist eine Beschränkung der Grundfreiheiten nur rechtmäßig, wenn sie durch ein »zwingendes Erfordernis« gerechtfertigt ist.⁹⁴ Eine solche Beschränkung lag dem Urteil *Dynamic Medien* zugrunde. In der Rechtssache ging es um § 12 Abs. 3 JuSchG aF, der den Versandhandel mit Bildträgern zum Schutz von Kindern und Jugendlichen untersagte, wenn der Bildträger keine Kennzeichnung der zuständigen Stelle oder die Kennzeichnung »Keine Jugendfreigabe« trug. Da diese Regelung geeignet war, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern, bedurfte sie als

Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit einer Rechtfertigung.⁹⁵ Als legitimen Rechtfertigungsgrund erkannte der EuGH unter Verweis auf den zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht rechtsverbindlichen Art. 24 GRC sowie auf die KRK den Schutz des Kindes an.⁹⁶ Zugleich betonte er jedoch, dass die Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit nur gerechtfertigt ist, wenn sie geeignet ist, die Erreichung des Kinderschutzes zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.⁹⁷

Nichts Anderes gilt für die Beschränkung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV. Zu diesem Recht äußerte sich der EuGH in der jüngeren Vergangenheit im Hinblick auf § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer ein Kind den Eltern, einem Elternteil, dem Vormund oder dem Pfleger im Ausland vorenthält, nachdem es dorthin verbracht worden ist oder es sich dorthin begeben hat. Eine Vorenthaltung des Kindes im Inland ist nach § 235 Abs. 1 StGB hingegen nur strafbar, wenn sie mit Gewalt, durch Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List erfolgt (§ 235 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder wenn der Täter kein Angehöriger des Kindes ist (§ 235 Abs. 1 Nr. 2). § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB kann sich damit »*de facto* hauptsächlich auf Unionsbürger auswirken, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind und von ihrer Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit Gebrauch gemacht haben und in Deutschland wohnen«, denn diese »werden [...] eher als deutsche Staatsangehörige ihr Kind in einen anderen Mitgliedstaat verbringen oder schicken und dort zurückhalten«, insbesondere anlässlich ihrer Rückkehr in ihren Herkunftsmitgliedstaat.⁹⁸ § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB begründet deshalb »eine Ungleichbehandlung, die die Freizügigkeit der Unionsbürger im Sinne von Art. 21 AEUV beeinträchtigen oder gar beschränken kann.«⁹⁹ Der Schutz der Grundrechte des

92 EuGH, 23.1.2018 – C-367/16 – ECLI:EU:C:2018:27 (Piotrowski), Rn. 50.

93 EuGH, 5.4.2016 – C-404/15 und C659/15 PPU – ECLI:EU:C:2016:198 (Aranyosi und Căldărăru), Rn. 82 ff.

94 Grundlegend: EuGH, 20.2.1979 – 120/78 – Slg. 1979, 649 (Rewe), Rn. 8.

95 EuGH, 14.2.2008 – C-244/06 – Slg. 2008, I-505 (Dynamic Medien), Rn. 24 ff.

96 EuGH, 14.2.2008 – C-244/06 – Slg. 2008, I-505 (Dynamic Medien), Rn. 39 ff.

97 EuGH, 14.2.2008 – C-244/06 – Slg. 2008, I-505 (Dynamic Medien), Rn. 42.

98 EuGH, 19.11.2020 – C-454/19 – ECLI:EU:C:2020:947 (ZW), Rn. 34.

99 EuGH, 19.11.2020 – C-454/19 – ECLI:EU:C:2020:947 (ZW), Rn. 35.

Kindes aus Art. 24 GRC kann diese Beschränkung zwar grundsätzlich rechtfertigen.¹⁰⁰ Im konkreten Fall scheiterte die Rechtfertigung aber daran, dass § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB über das Erforderliche hinausgeht. Der Gerichtshof führt insofern aus, dass »der deutsche Gesetzgeber [...] offenbar davon aus[gehe], dass die Kindesentführung durch einen Elternteil nicht grundsätzlich und in jedem Fall als strafbares Verhalten gelten muss, um das Kind und seine Rechte im Angesicht der Gefahr einer Entführung zu schützen«, da eine solche Tat bei Vorenthaltung im deutschen Hoheitsgebiet nicht in allen Fällen strafbar ist.¹⁰¹ Die Strafbarkeit nach § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB könne deshalb nur auf die Annahme gestützt werden, »dass es unmöglich oder übermäßig schwierig ist, die Anerkennung einer gerichtlichen Sorgerechtsentscheidung in einem anderen Mitgliedstaat und im Fall der internationalen Entführung eines Kindes seine sofortige Rückgabe zu erreichen.«¹⁰² Eine solche Annahme steht jedoch im Widerspruch zu den Regeln und Grundgedanken der Brüssel-IIa-VO und zu dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.¹⁰³

4. Arbeitsrecht

Aufschlussreich für die potentiellen Wirkungen des Art. 24 GRC sind überdies zwei Entscheidungen auf dem Gebiet des europäischen Arbeitsrechts. In der Rs. *Chatzi* setzte sich der EuGH im Zusammenhang mit der Elternurlaubs-RL¹⁰⁴ mit der Frage auseinander, ob das Unionsrecht einem Kind ein individuelles Recht auf Elternurlaub verleiht. Diese Frage prüfte der EuGH ua. am Maßstab des Anspruchs auf Schutz und Fürsorge nach Art. 24 Abs. 1 S. 1 GRC und stellte diesbezüglich folgendes fest: »Aus diesem Recht auf Schutz und Fürsorge folgt jedoch nicht zwingend die Anerkennung eines individuellen Rechts von Kindern darauf, dass ihren Eltern Elternurlaub gewährt wird. Es genügt, dass ein solches Recht den Eltern selbst eingeräumt wird. Denn den Eltern steht das Recht zu und obliegt zugleich die Pflicht, die Erziehung ihrer Kinder sicherzustellen, und sie können demgemäß entscheiden, wie sie ihre elterliche Verantwortung am besten wahrnehmen und ob sie hierfür Elternurlaub in Anspruch nehmen oder nicht.«¹⁰⁵ Diese Aussagen müssen im Licht der übrigen einschlägigen Grundrechtsgewährleistungen verstanden werden. Nach Art. 33 Abs. 2 GRC hat jeder Mensch Anspruch auf einen Elternurlaub nach der Geburt

oder Adoption eines Kindes. Zudem schützt Art. 7 GRC das Recht auf Achtung des Familienlebens, wozu auch das Erziehungsrecht der Eltern gehört.¹⁰⁶ Die GRC garantiert den Anspruch auf Elternurlaub folglich als subjektives Recht der Eltern und überlässt diesen im Rahmen ihres Erziehungsrechts die Entscheidung, ob und in welchem Umfang sie Elternurlaub in Anspruch nehmen. Für ein zusätzliches subjektives Recht des Kindes auf der Grundlage des Art. 24 Abs. 1 GRC besteht daneben kein zwingendes Erfordernis. Dennoch müssen bei der Ausgestaltung des Rechts der Eltern sowohl der Anspruch des Kindes auf Schutz und Fürsorge als auch das Kindeswohl berücksichtigt werden. In diesem Sinne wird man die Aussage des EuGH verstehen können, dass es genügt, wenn den Eltern ein Recht auf Elternurlaub eingeräumt wird.

Einen weiteren Anwendungsfall auf dem Gebiet des Arbeitsrechts betrifft das Urteil *Sindicatul Familia Constanta*. In der Rechtssache ging es um die Frage, ob das in Art. 7 der Arbeitszeit-RL¹⁰⁷ vorgesehene Recht auf einen vierwöchigen bezahlten Jahresurlaub auf eine Pflegeeltern Tätigkeit anwendbar ist. Nach dem im Ausgangsverfahren einschlägigen rumänischen Recht wurde diese Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einer öffentlichen Behörde erbracht. Die Pflegeeltern verpflichteten sich, das Kind ganzjährig in den eigenen Haushalt einzugliedern und die harmonische Entwicklung sowie die Erziehung des Kindes durchgängig zu gewährleisten.¹⁰⁸ Die Kontinuität der Tätigkeit der Pflegeeltern war

100 EuGH, 19.11.2020 – C-454/19 – ECLI:EU:C:2020:947 (ZW), Rn. 40; EuGH, 16.5.2022 – C-724/21 – ECLI:EU:C:2022:393 (Staatsanwaltschaft Köln [Enfant déplacé en Roumanie]), Rn. 27.

101 EuGH, 19.11.2020 – C-454/19 – ECLI:EU:C:2020:947 (ZW), Rn. 45.

102 EuGH, 19.11.2020 – C-454/19 – ECLI:EU:C:2020:947 (ZW), Rn. 48.

103 EuGH, 19.11.2020 – C-454/19 – ECLI:EU:C:2020:947 (ZW), Rn. 48 f.

104 RL 96/34/EG vom 3.6.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung (ABl. 1996, L 145/4) in der durch die RL 97/75/EG des Rates vom 15.12.1997 (ABl. 1998, L 10/24) geänderten Fassung; inzwischen abgelöst durch die RL (EU) 2019/1158 vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der RL 2010/18/EU, ABl. 2019, L 188/79.

105 EuGH, 16.9.2010 – C-149/10 – ECLI:EU:C:2010:534 (Chatzi), Rn. 39.

106 *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 7 Rn. 16; *Jarass* (Fn. 30), Art. 7 Rn. 20.

107 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. 2003, L 299/9).

108 Siehe zur Ausgestaltung im Einzelnen: EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – ECLI:EU:C:2018:926 (Sindicatul Familia Constanta), Rn. 20 ff.

daher auch während des gesetzlichen Erholungsurlaubs zu gewährleisten. Eine Trennung vom Pflegekind während des Urlaubs war lediglich ausnahmsweise mit besonderer Gestattung des Arbeitgebers vorgesehen. Vor diesem Hintergrund stellte sich die Frage, ob diese Ausgestaltung der Pflegeeltern Tätigkeit mit dem Unionsrecht zu vereinbaren ist, das nicht nur in Art. 7 der Arbeitszeit-RL, sondern auch in Art. 31 Abs. 2 GRC ein Recht auf bezahlten Jahresurlaub garantiert. Im Ergebnis bejahte der EuGH diese Frage.

Für den vorliegenden Beitrag sind insbesondere die Ausführungen zur Beschränkung des Rechts aus Art. 31 Abs. 2 GRC von Interesse. Der EuGH geht zunächst davon aus, dass »[d]ie durchgängige und auf lange Zeit angelegte Eingliederung von Kindern, die wegen ihrer schwierigen familiären Situation besonders verletzlich sind, in den Haushalt und die Familie eines Pflegeeltern teils [...] eine geeignete Maßnahme zur Wahrung des in Art. 24 GRC verankerten Wohls des Kindes dar[stellt]«. ¹⁰⁹ Aufbauend auf dieser Prämisse hält der EuGH die mit der Ausgestaltung der Pflegeeltern Tätigkeit einhergehende Beschränkung des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub für gerechtfertigt, da sie »für die Verwirklichung des von der Union anerkannten Gemeinwohlziels, der Wahrung des in Art. 24 GRC verankerten Wohls des Kindes, [erforderlich ist]«. ¹¹⁰ Art. 24 GRC ist folglich geeignet, besondere Arbeitsbedingungen im Sozial- und Erziehungsbereich zu rechtfertigen, die auch hinter den unionsrechtlichen Mindestbedingungen zurückbleiben können. Dies ist nach Art. 52 Abs. 1 GRC zwar folgerichtig, da die kollidierenden Grundrechte im Einzelfall gegeneinander abgewogen und in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Bei dieser Abwägung darf jedoch nicht übersehen werden, dass die in Art. 31 Abs. 2 GRC enthaltenen Rechte die Beschäftigten vor Überlastung und Überforderung schützen sollen. ¹¹¹ Sie tragen damit mittelbar auch zum Schutz des Kindeswohls bei, denn bei einer Überlastung bzw. Überforderung des Betreuungspersonals ist auch das Wohl der betreuten Kinder gefährdet. Ausnahmen von den im Unionsrecht festgelegten Mindestarbeitsbedingungen für die Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsbereich können daher nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Dem lässt sich durch eine restriktive Erforderlichkeitsprüfung Rechnung tragen. Vorrang muss immer eine angemessene personelle Ausstattung haben, die sowohl den Schutz des Kindeswohls als auch den Schutz der Beschäftigten sicherstellt. Vor diesem Hintergrund hat das BVerwG zu Recht entschieden, dass Art. 24 GRC einer

Anwendung des Arbeitszeitgesetzes auf Erzieher nicht entgegensteht, wenn diese in einer Wohngruppe mit alternierender Betreuung (WaB-Modell) ¹¹² eingesetzt werden. ¹¹³ In solchen Fällen ist eine Ausnahme vom Arbeitnehmerschutz zum Schutz des Kindeswohls nicht erforderlich. Vielmehr ist es Sache des zuständigen Trägers, organisatorische Vorkehrungen zu treffen, um die Einhaltung des Arbeitnehmerschutzes sicherzustellen und gleichzeitig das Kindeswohl zu schützen.

IV. Fazit und Ausblick auf Entwicklungspotentiale

Am Ende der Bestandsaufnahme lässt sich konstatieren, dass die Aufnahme spezieller Kindergrundrechte in die GRC keineswegs bloß symbolische Bedeutung hat. Art. 24 GRC kann den Schutz der Kinderrechte im Zusammenspiel mit den übrigen Gewährleistungen der GRC auf einem vergleichbaren Niveau gewährleisten, wie es durch die UN-Kinderrechtskonvention garantiert wird. Insbesondere die grundrechtliche Verbürgung des Kindeswohls in Art. 24 Abs. 2 GRC hat das Potential, weite Teile der Unionsrechtsordnung zu durchdringen, da sich zahlreiche Maßnahmen zumindest mittelbar auch auf Kinder auswirken. Obwohl Art. 24 GRC sein Potential bisher nur ansatzweise entfaltet hat, lassen sich seine Auswirkungen auf konkrete Rechtsfragen in der Rechtsprechung doch deutlich erkennen. Die Rechte des Kindes erhalten zwar keinen absoluten Vorrang, sie sind aber in jedem Einzelfall in die Abwägung einzustellen. Dies hat etwa im asyl- und aufenthaltsrechtlichen Kontext zur Folge, dass Art. 24 GRC jeder schematischen Ermessensausübung (bspw. durch die Annahme pauschaler Versagungsgründe) entgegensteht und stattdessen eine individualisierte Beurteilung jedes Einzelfalls unter gebührender Berücksichtigung des Kindeswohls erforderlich ist. Im Einzelfall kann

¹⁰⁹ EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – ECLI:EU:C:2018:926 (Sindicatul Familia Constanța), Rn. 71.

¹¹⁰ EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – ECLI:EU:C:2018:926 (Sindicatul Familia Constanța), Rn. 86.

¹¹¹ Art. 31 Abs. 2 GRC konkretisiert insoweit das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen nach Art. 31 Abs. 1 GRC.

¹¹² Im entschiedenen Fall wohnte abwechselnd jeweils einer von drei Erziehern für zwei bis sieben Tage durchgehend in der Wohngruppe, während der zweite tagsüber Dienst und der dritte frei hatte.

¹¹³ BVerwG, 8.5.2019 – 8 C 3/18 – BVerwGE 165, 290, Rn. 18 f.

sich diese Berücksichtigungspflicht sogar so weit verdichten, dass Art. 24 Abs. 2 GRC im Ergebnis zu einer Ermessensreduzierung auf null führt.

Darüber hinaus wirkt sich Art. 24 GRC im Wege grundrechtskonformer Auslegung auf das Sekundärrecht, insbesondere im Bereich des Asyl- und Aufenthaltsrechts, aus. Dabei ist diese Auslegung im Licht des Art. 24 GRC jedoch wie jede grundrechtskonforme Auslegung ergebnisorientiert. Wird dem Kindeswohl durch das Unionsrecht im Ergebnis Rechnung getragen, besteht kein Anlass einzelne Vorschriften isoliert im Licht des Art. 24 GRC auszulegen. Vor diesem Hintergrund wurde Art. 24 GRC im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit zwar oftmals zitiert. Letztlich blieb das Grundrecht jedoch in den meisten Fällen ohne praktische Konsequenzen, da das Sekundärrecht die Rechte des Kindes bereits weitgehend berücksichtigt. Im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit zeigen sich aber zugleich die Grenzen der grundrechtlichen Gewährleistung. Art. 24 GRC stellt erstens die grundsätzliche Anerkennung der Vielfalt der nationalen Regelungen zum Familien- und Kindschaftsrecht nicht in Frage, da das Grundrecht keine neuen EU-Kompetenzen begründet. Zweitens verlangt Art. 24 GRC keine Ausnahme vom Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, der auf der Annahme beruht, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten einen vergleichbaren Grundrechtsschutz sicherstellen. Letzteres ist zwar für die Architektur der justiziellen Zusammenarbeit von grundlegender Bedeutung, bedeutet aber auch, dass eine unzureichende Berücksichtigung der Kinderrechte durch die Gerichte eines anderen Mitgliedstaats bei der Vollstreckung der getroffenen Entscheidung nicht mehr korrigiert werden kann.

Im wirtschaftsrechtlichen Kontext haben die in Art. 24 GRC verankerten Rechte des Kindes bislang nur in einem Fall bei der Rechtfertigung einer Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit praktische Bedeutung erlangt. Mit wachsendem Bewusstsein des Gesetzgebers könnte Art. 24 GRC jedoch auch im Wirtschafts- und Verbraucherrecht an praktischer Relevanz und Wirksamkeit gewinnen. Insbesondere die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 24 Abs. 2 GRC birgt erhebliches Potential, das sich keineswegs auf dessen Heranziehung als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in wirtschaftliche Grundfreiheiten und Grundrechte beschränkt. Art. 24 Abs. 2 GRC bildet vielmehr selbst einen primärrechtlichen Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit von

Sekundärrecht. Dies könnte beispielsweise im Zusammenhang mit der Festlegung von Schadstoffgrenzwerten oder der Regulierung von Werbe- und Vertriebsmaßnahmen relevant werden. So müssen sich etwa Vorschriften, welche die Werbung für Tabakwaren oder Glücksspielangebote zulassen, daran messen lassen, ob sie dem Schutz des Kindeswohls hinreichend Rechnung tragen.¹¹⁴

Im Arbeitsrecht können die Rechte des Kindes Einschränkungen der unionsrechtlich festgelegten Mindestbedingungen rechtfertigen. Insofern ist bei der Abwägung aber zu berücksichtigen, dass Mindestarbeitsbedingungen für Beschäftigte im Sozial- und Erziehungsbereich mittelbar auch dem Kindeswohl dienen, weshalb eine Einschränkung nur im Ausnahmefall in Betracht kommen kann. Perspektivisch muss Art. 24 GRC gerade bei der Ausgestaltung des Arbeitsrechts mehr in den Fokus rücken, denn die Arbeitsbedingungen der Eltern haben immer auch mittelbare Auswirkungen auf die Kinder. Vor diesem Hintergrund kann Art. 24 GRC ebenso wie Art. 33 GRC auch günstigere Mindestarbeitsbedingungen für Eltern rechtfertigen.¹¹⁵ Zudem muss Art. 24 GRC bei der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen im Hinblick auf die Beschäftigten im Sozial- und Erziehungsbereich eine herausgehobene Bedeutung haben.¹¹⁶

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die GRC die Rechte des Kindes sichtbar gemacht hat.¹¹⁷ Die Kinderrechte finden sich inzwischen (zumindest in der Rechtsprechung) erkennbar in den Abwägungen wieder. Der eingangs zitierte Befund von *Clare McGlynn*¹¹⁸ aus dem Jahr 2002 trifft also zwanzig Jahre später nicht mehr zu. Vielmehr gilt nun: »Children are now visible in EU law, but often not yet in focus«.

114 Vgl. dazu EuGH, 22.2.2022 – C160/20 – ECLI:EU:C:2022:101 (Stichting Rookpreventie Jeugd), Rn. 64–69. In diesem Urteil hatte der EuGH sich mit der Gültigkeit einer Vorschrift der Tabak-Richtlinie (Richtlinie 2014/40/EU vom 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl. L 127/1) zu befassen. Das vorliegende Gericht hatte ua. nach der Vereinbarkeit mit Art. 24 GRC gefragt. Der EuGH setzte sich mit dieser Frage jedoch nicht näher auseinander, da die insofern relevanten Informationen zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Richtlinie noch nicht bekannt waren.

115 So sieht etwa Art. 9 Vereinbarkeits-RL ua. für Eltern das Recht vor, flexible Arbeitsregelungen zu beantragen, s. dazu: Klein, NZA 2021, 474.

116 Etwa bei der Entscheidung über die Aufnahme von Ausnahmeregelungen, wie sie bspw. in Art. 17 Abs. 3 lit. c Ziff. i Arbeitszeit-RL für Tätigkeiten in Heimen vorgesehen sind.

117 Zu diesem Ziel vgl. Abs. 4 der Präambel der GRC.

118 European Public Law, Volume 8 (2002), 387.

Ein europäisches Grundrecht auf Kündigungsschutz – Art. 30 GRC

Habilitationsschrift von Erika Kovács, 2022, Manz/Beck Verlag, Wien, 594 S. (ISBN 978-3-214-02539-7/ISBN 978-3406-78917-5), 128,00 €

I. Einleitung

Der Schutz bei ungerechtfertigten Entlassungen nach Art. 30 GRC führt bisher ein Schattendasein im Unionsrecht. Alle Vorlagen zum EuGH scheiterten am beschränkten Anwendungsbereich der Grundrechtecharta (Art. 51 GRC).¹ Streitig ist, ob Art. 30 GRC überhaupt ein soziales Grundrecht ist und was es garantiert. Die Habilitationsschrift von *Erika Kovács* (Wirtschaftsuniversität Wien) will Licht in diesen Teil der Grundrechtecharta bringen. Sie ordnet Art. 30 GRC als Grundrecht, nicht nur als Grundsatz ein und erarbeitet nach Ausführungen zum Anwendungsbereich (Zweiter Teil) dessen Geltungsbereich (Dritter Teil) und die Gewährleistung des Kündigungsschutzes (Vierter Teil) einschließlich seiner Rechtsfolgen (Fünfter Teil).

II. Grundrecht, nicht Grundsatz

Die Grundrechtecharta kennt Grundrechte und Grundsätze (Art. 52 Abs. 5 GRC). Während Erstere subjektive Rechte garantieren, sind Letztere verbindliche öffentlich-rechtliche Prinzipien. Die Unbestimmtheit des Wortlauts des Art. 30 GRC mag zu Zweifeln Anlass geben, ob es sich um ein Grundrecht handelt.² *Kovács* hat jedoch zu Recht dem Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung Grundrechtscharakter zuerkannt (S. 80 ff.). Dabei stellt sie vor allem auf die Systematik der Grundrechtecharta und die Einordnung des Art. 30 GRC in die Arbeitnehmerrechte ab. Zusätzlich lässt sich darauf verweisen, dass sich trotz der mangelnden Konkretisierung des Kündigungsschutzes in der Grundrechtecharta festhalten lässt, dass jedenfalls irgendein Kündigungsschutz vorliegen muss.³ Dieses Argument führt *Kovács* wohl auch deshalb nicht an, weil ihre Arbeit auf eine weitergehende Konkretisierung des Grundrechts zielt.

III. Anwendungsbereich des Grundrechts

Bisher harmonisiert das Unionsrecht das allgemeine Kündigungsschutzrecht nicht. Vielmehr sind nur punktuell Regelungen in einzelnen Richtlinien enthalten. Das schränkt den Anwendungsbereich von Art. 30 GRC, der von der Durchführung des Unionsrechts abhängt, drastisch ein. Der zweite Teil der Habilitationsschrift arbeitet die einschlägige Rechtsprechung zu Art. 51 Abs. 1 GRC auf und greift auch die Überlegung von Generalanwältin *Sharpston* auf, ob die Anwendung der GRC im Interesse der Rechtssicherheit an die Zuständigkeit der Europäischen Union anknüpfen sollte.⁴ Damit wären die Mitgliedstaaten auch dann an Art. 30 GRC gebunden, wenn der Kündigungsschutz keine Ausformung im Richtlinienrecht gefunden hat. Art. 153 Abs. 1 lit. d AEUV räumt der Europäischen Union zwar die Zuständigkeit für den Schutz vor der Beendigung des Arbeitsvertrages ein, ohne eine konkrete Richtlinie ist das Handeln der Mitgliedstaaten jedoch kein Handeln im unionalen Rechtskreis, sondern Ausdruck eigener Souveränität, für die allein die nationalen Grundrechte Maßstab sind.

Kovács sympathisiert im Ausgangspunkt mit dem Ansatz von *Sharpston*, ohne diesen im vorgelegten Werk durchzuhalten. Sie lehnt diese Erweiterung des Anwendungsbereichs ab und wendet Art. 30 GRC eher im Sinne eines »Gedankenspiels« (S. 210) später auf das österreichische Kündigungsschutzrecht an, um dessen Gewährleistungen zu überprüfen. Ein solches Vorgehen ist heikel, weil es nicht über die tatsächlich geltende Rechtslage informiert. Auch die »Orientierungswirkung«, die *Kovács* der Grundrechtecharta für das nationale Recht zuschreibt (S. 211), lässt sich bei einem rein nationalen Sachverhalt nicht behaupten, solange nicht der Mitgliedstaat von sich aus erklärt, sich ungeachtet des Art. 51 Abs. 1 GRC nach den Maßgaben der Grundrechtecharta richten zu wollen.

1 EuGH, 10.12.2009 – C-323/08 – ECLI:EU:C:2009:770, Rn. 58 f. (Rodríguez Mayor); EuGH, 10.10.2013 – C-488/12 ua. – ECLI:EU:C:2013:703, Rn. 15 ff. (Nagy ua.); EuGH, 5.2.2015 – C-117/14 – ECLI:EU:C:2015:60, Rn. 28 ff. (Poclava).

2 *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, GRC Art. 30 Rn. 2; zweifelnd *Jarass*, GRCh, 4. Aufl., München 2021, Art. 30 Rn. 2.

3 *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022, GRC Art. 30 Rn. 2.

4 Generalanwältin *Sharpston*, Schlussanträge v. 30.9.2010 – C-34/09 – ECLI:EU:2010:560, Rn. 163 (Gerardo Ruiz Zambrano).

Allerdings mag Art. 30 GRC als Hintergrund für eine kritische Betrachtung der nationalen Rechtslage dienen, um historisch Gewachsenes und Vertrautes zu hinterfragen, mit dem Ziel, einen qualitativ überzeugenden und konsistenten Mindeststandard zu garantieren. Das ist aus österreichischer Perspektive auch deshalb interessant, weil bei der Ratifikation der RESC gegenüber Art. 24 RESC ein Vorbehalt erklärt wurde und die EMRK, die in Österreich höherrangiges Recht ist, kein vergleichbares Grundrecht enthält.

IV. Kündigungsschutz als soziales Grundrecht

1. Methodische Überlegungen

Die Habilitationsschrift setzt sich ausführlich mit dem persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Art. 30 GRC auseinander. Dabei geht *Kovács* vor allem bei der Ausarbeitung des Gewährleistungsgehalts weit über den bisher erreichten Diskussionsstand hinaus. Dazu greift sie auf die vorhandenen unionsrechtlichen Richtlinien, die einschlägigen Garantien der EMRK, Art. 24 und Art. 4 Abs. 4 RESC, das ILO-Übereinkommen Nr. 158 und die wertende Rechtsvergleichung zum Kündigungsschutzrecht der Mitgliedstaaten zurück. Mit hohem Aufwand und Akribie destilliert sie Gemeinsamkeiten heraus, die einen Common Core der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten in Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmer vor der Beendigung des Arbeitsvertrages verkörpern. Diesen erhebt sie zum Gewährleistungsgehalt des Grundrechts aus Art. 30 GRC.

Diese Vorgehensweise, die im Grundsatzteil des Buches vorbereitet wurde, ist jedoch einer Reihe von Einwänden ausgesetzt. Art. 30 GRC ist nach den Erläuterungen zur GRC lediglich an Art. 24 RESC »angelehnt«. Zudem verkörpert Art. 24 RESC ebenso wenig wie das ILO-Übereinkommen Nr. 158 einen Mindeststandard, an den die Europäische Union und die Mitgliedstaaten nach Art. 53 GRC gebunden sind. Es fehlt – wie *Kovács* zutreffend herausarbeitet – an der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten. Das mahnt beim Rückgriff auf Art. 24 RESC zumindest zur Zurückhaltung. Das gilt umso mehr für die Spruchpraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte, die zum Teil weit über den Wortlaut der Charta

hinausgeht und deren Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten streitig ist. Eine Auslegung der Grundrechtecharta steht noch mehr in Zweifel, weil die Europäische Union als Normgeber kein Mitglied des Europarates ist. Das thematisiert die Arbeit nicht, vielmehr wird im dritten, vierten und fünften Teil der Arbeit ohne Einschränkungen auf diese Rechtsquellen und die Spruchpraxis als Auslegungshilfe zurückgegriffen.

Kovács sieht auch im nationalen Recht und der wertenden Rechtsvergleichung eine Auslegungshilfe, die sie in Art. 52 Abs. 6 GRC zu verankert scheint (S. 41 ff.). Art. 52 Abs. 6 GRC gibt der Union und den Mitgliedstaaten auf, den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in vollem Umfang Rechnung zu tragen. Diese Bestimmung reagiert vor allem auf die Vorbehalte, wie sie in Art. 30 GRC oder Art. 16 GRC enthalten sind. Daraus ergibt sich aber nicht, dass der Inhalt des Grundrechts anhand der nationalen Rechtsordnungen ausgefüllt werden darf oder gar muss. Vielmehr nehmen die Vorbehalte in besonderem Maße Rücksicht auf die nationalen Eigenarten, die trotz der Grundrechtsgarantien erhalten bleiben sollen. Der von *Kovács* erarbeitete europäische Common Core eines Kündigungsschutzes für Arbeitnehmer hat zwar für sich, dass nur das allgemein konsentiert Minimum zur Grundrechtsgewährleistung erhoben wird und somit Raum für nationale Sonderwege erhalten bleibt. Es fehlt jedoch an einer positiven Begründung, warum aus dem *einfachen* Recht der Mitgliedstaaten auf den Inhalt eines Grundrechts – also einer höherrangigen Rechtsquelle – geschlossen werden darf. Das gilt umso mehr, als *Kovács* im ersten Teil der Arbeit überzeugend herausgearbeitet hat, dass es in den Mitgliedstaaten gerade keine gemeinsame Verfassungstradition i.S.v. Art. 52 Abs. 4 GRC gibt, einen Schutz der Arbeitnehmer vor ungerechtfertigten Kündigungen zu garantieren (S. 26 ff.).

Diese Kritik wendet sich zwar gegen die vorgeschlagene Interpretation der Grundrechtecharta, nimmt der Arbeit aber nicht ihren Wert. Der Verfasserin gelingt es, einen gemeinsamen Bestand an Prinzipien herauszuarbeiten, die den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer in der Europäischen Union kennzeichnen. Damit ist eine Grundlage für jeden geschaffen, der den Standard der eigenen Rechtsordnung fundiert hinterfragen und kritisieren will. Zudem eignen sich die Überlegungen hervorragend als Ausgangspunkt für eine Diskussion über eine unionsrechtliche Harmonisierung des Kündigungsschutzes in seinen

Grundzügen. Dass ein solches Vorhaben zweifelsohne eine lebhaft politische Auseinandersetzung auslösen würde, hindert die wissenschaftliche Debatte, die *Kovács* hier anstößt, keineswegs.

2. Persönlicher und sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Geltungsbereich des Grundrechts wird unter Rückgriff auf das unionsrechtliche Begriffsverständnis aufgearbeitet (S. 242 ff.). *Kovács* erfasst als Entlassungen alle Beendigungen des Arbeitsvertrages auf Initiative des Arbeitgebers und ohne den Willen des Arbeitnehmers. Aufhebungsverträge und Arbeitnehmerkündigungen auf Veranlassung des Arbeitgebers werden ausklammert. Auch eine Erstreckung des Grundrechts auf Befristungen lehnt sie zu Recht an späterer Stelle ab (S. 309).

In persönlicher Hinsicht will *Kovács* den Schutz auf Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne beschränken. Sie spricht sich dabei für einen einheitlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff aus und erteilt den in der Literatur teilweise stark betonten Unterschieden zwischen den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffen in den einzelnen Richtlinien eine gut begründete Absage. Im Anschluss prüft sie eingehend die Ausnahmen vom österreichischen Kündigungsschutz zu Lasten einzelner Arbeitnehmergruppen (zB. leitende Angestellte, Arbeitnehmer in der Warte- oder Probezeit). Hierbei meldet sie insbesondere gegen die Beschränkungen zu Lasten von Arbeitnehmern in Kleinstbetrieben, von Organmitgliedern, Volontären, Praktikanten, Hausgehilfen bzw. Hausangestellten und Personen in Erziehungsmaßnahmen, Heilbehandlung und Wiedereingliederung Bedenken an. Das Gleiche gilt für die Besonderheiten bei Kündigungen aus religiösen, karitativen oder sozialen Motiven.

Alle Fallgruppen werden jedoch nur daraufhin geprüft, ob sie vom Geltungsbereich des Grundrechts, ungeachtet seines Anwendungsbereichs, erfasst worden seien. Es wird nicht erwogen, ob diese Einschränkungen durch gegenläufige Grundrechte nach Art. 52 Abs. 1 GRC gerechtfertigt sind. *Kovács* hat zwar in dem Grundlagenteil herausgearbeitet, dass Art. 16 GRC bzw. 17 GRC von der Gewährung eines Kündigungsschutzes durch die Mitgliedstaaten betroffen sind (S. 93 ff., 109 ff.), greift dies jedoch nicht wieder auf, wo es um die konkrete Beurteilung des nationalen Rechts geht. Die bloße Eröffnung des Geltungsbereichs sagt insofern noch nichts darüber

aus, ob die Einschränkungen des Kündigungsschutzes in den Mitgliedstaaten tatsächlich ein Grundrechtsverstoß wären.

3. Anforderungen an den staatlichen Kündigungsschutz

Bereits im Grundsatzteil des Buches leitet *Kovács* aus den Vorgaben der EMRK und der RESC ab, dass Art. 30 GRC die Mitgliedstaaten zu einem Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen verpflichtet, der aus zwei Komponenten besteht: (1) Jede Kündigung müsse einen fairen Rechtfertigungsgrund haben und, (2) die mangelnde Rechtfertigung der Kündigung bedürfe einer ernsthaften Rechtsfolge. Vorgaben für das gerichtliche Kündigungsverfahren will sie indes aus Art. 47 GRC als *lex specialis* ableiten. Auf dieser Grundlage erarbeitet die Autorin im vierten und fünften Teil des Buches weitergehende Aussagen und unterzieht zugleich das österreichische Recht auf dieser Grundlage einer eingehenden Überprüfung.

a) Rechtfertigungsgründe für eine Kündigung

Vor der Ausarbeitung der zulässigen Kündigungsgründe setzt sich *Kovács* damit auseinander, inwieweit die Arbeitgeberkündigung in den Mitgliedstaaten der Schriftform unterliegt und der Kündigungsgrund vom Arbeitgeber mitzuteilen ist. Im Ergebnis sieht sie es als erforderlich an, dass die Mitgliedstaaten den Arbeitgebern aufgeben, den Kündigungsgrund dem Arbeitnehmer schriftlich mitzuteilen, obwohl dies nicht in allen Mitgliedstaaten vorgesehen ist. Ob es hierfür genügt, wenn der Kündigungsgrund im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses durch den Arbeitgeber dargelegt werden muss, wird nicht erwogen.

Im Mittelpunkt des vierten Teils der Arbeit stehen die Kündigungsgründe, die für die Autorin aufgrund der wertenden Rechtsvergleichung stets objektiv und wahr sein müssen (S. 365). Die Mitgliedstaaten stimmten zudem darin überein, dass eine Kündigung mit betriebs-, verhaltens- oder personenbedingten Gründen zu rechtfertigen sei. Das gemeinsame Verständnis der betriebsbedingten Kündigung läge darin, dass objektiv bestehende externe oder interne wirtschaftliche Gründe kausal für die Senkung des Arbeitsbedarfs sein müssten und eine Kündigung durch den Arbeitgeber auslösten. Insofern erfolge lediglich eine Missbrauchskontrolle. Das wird zunächst

auf den Vergleich der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gestützt und so ein begrenzter Gewährleistungsgehalt des Art. 30 GRC angenommen. Später wird auch auf Art. 16 GRC verwiesen, so dass es zu einer Vermischung von grundrechtlicher Gewährleistung und deren Begrenzung durch kollidierende Grundrechte kommt. Als weitere Voraussetzungen für die betriebsbedingte Beendigungskündigung werden – trotz aller Unterschiede im Detail – der Vorrang der Weiterbeschäftigung im Betrieb und die Sozialauswahl angesehen, wobei sich aus der Rechtsvergleichung allenfalls das Ob, aber nicht das Wie der Sozialauswahl ergebe. Für eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern oder Sozialpartnern bei der Kündigung besteht indes kein hinreichender Konsens zwischen den Mitgliedstaaten, so dass dies auch nicht durch Art. 30 GRC garantiert sei.

Für die verhaltensbedingte Kündigung arbeitet Kovács heraus, dass es stets einer schuldhaften Pflichtverletzung durch den Arbeitnehmer bedürfe (S. 417 ff.). Weitergehende Anforderungen hinsichtlich der Schwere der Pflichtverletzung, der Interessenabwägung oder der Notwendigkeit einer Abmahnung will sie indes nicht ableiten. Insoweit dominiere der Einzelfall. Formal sei allerdings zu fordern, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer hinsichtlich der vorgeworfenen Pflichtverletzung anhören müsse, damit sich dieser äußern könne.

Davon zu unterscheiden sei die personenbedingte Kündigung, die an der mangelnden Eignung des Arbeitnehmers für die geschuldete Tätigkeit anknüpft (S. 431 ff.). Die Untersuchung von Kovács kommt insoweit zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber aber keine generelle Pflicht zur Versetzung des Arbeitnehmers im Betrieb oder zu präventiven Maßnahmen habe, um kündigen zu dürfen. Eingehender setzt sich die Arbeit mit der krankheitsbedingten Kündigung auseinander. Dabei wird die Spruchpraxis des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte zum Grundrechtsstandard erhoben (S. 448). Damit wären auch Mitgliedstaaten – wie Österreich – an diese Vorgaben gebunden, obwohl sie einen Vorbehalt gegen Art. 24 RESC erklärt haben.

Daneben setzt sich die Autorin intensiver mit den Überschneidungen des Diskriminierungsverbots aus Art. 21 GRC und Art. 30 GRC in Bezug auf die Kündigung wegen einer Behinderung und die Kündigung wegen hohen Alters auseinander. Während sie für die Kündigung wegen einer Behinderung an die vorhandene Rechtspre-

chung des EuGH anschließt (S. 439 ff.), entwickelt sie für die Kündigung wegen hohen Alters einen eigenen Standard (S. 449 ff.). Kritisiert wird die Zulässigkeit der pauschalen Beendigung des Arbeitsvertrages wegen des Erreichens eines hohen Alters, ohne dass ein konkreter Arbeitsmarktbedarf geprüft wird. Außerdem sei eine solche Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur zulässig, wenn eine hinreichende finanzielle Absicherung gegeben sei. Den Ursachen für eine insuffiziente Altersrente wird keine Bedeutung zugemessen. Kovács will diese Fallgruppe außerdem nicht auf die Beendigungskündigung beschränken, sondern auf die Beendigung ex lege erweitern. Das widerspricht der ursprünglich propagierten Beschränkung des Art. 30 GRC auf die Arbeitgeberkündigung, die eine Erstreckung auf die Befristung ausschließt. Über die vorgeschlagene Verschärfung des Schutzes älterer Beschäftigter lässt sich diskutieren. Insgesamt sind die Anforderungen an diese personenbedingte Beendigung des Arbeitsverhältnisses eher dem spezifischen Antidiskriminierungsverbot zuzuordnen, so dass solche Anforderungen nicht Teil der Gewährleistung aus Art. 30 GRC sind. Art. 21 GRC ist insoweit *lex specialis*.

Die Notwendigkeit der Abgrenzung des Grundrechts aus Art. 30 GRC im Verhältnis zu Art. 21 und 23 GRC, Art. 33 Abs. 2 GRC oder Art. 12 GRC ergibt sich auch bei der Untersuchung der verbotenen Entlassungsgründe in besonderer Weise. Anders als bei der altersbedingten Beendigung des Arbeitsvertrages beschränkt Kovács den Garantiegehalt des Art. 30 GRC, so dass sich das Verbot einzelner Kündigungsgründe nicht schon aus diesem Grundrecht ergebe. Das gilt für die diskriminierende Beendigungskündigung (Vorrang der Art. 20, 21 und 23 GRC) sowie für die Kündigung wegen der Schwangerschaft, Mutterschaft, Karenz oder Familienpflichten (Vorrang der Art. 21 und 33 Abs. 2 GRC). Auch der besondere Schutz vor Kündigungen wegen der Gewerkschaftsmitgliedschaft ergebe sich aus der Schutzpflicht aus Art. 12 GRC.

b) Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Kündigung

Abschließend setzt sich Kovács mit den Rechtsfolgen auseinander, die durch Art. 30 GRC garantiert seien. Hierfür kategorisiert sie zunächst die unterschiedlichen Rechtsfolgen in den Mitgliedstaaten: Fortsetzung des Arbeitsvertrages bzw. Wiedereinstellung, Entgeltfortzahlung, Entschädigung, Strafzahlungen. Die rechtsvergleichende

Darstellung zeigt auf, dass sich die Rechtsfolgen zum Teil mit den ökonomischen Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten verändert haben und an die Stelle der Wiedereinstellung die Entschädigung des Arbeitnehmers getreten ist. Im Ergebnis geht sie davon aus, dass es in jedem Fall einer Rechtsfolge für den Fall der ungerechtfertigten Kündigung bedarf, ohne dass sich im Einzelnen konkrete Vorgaben ableiten ließen.

V. Fazit

Die Habilitationsschrift von *Erika Kovács* wird mit Sicherheit eine Diskussion über den Garantiegehalt von Art. 30

GRC und einen gemeinsamen Mindeststandard der Europäischen Union beim allgemeinen Kündigungsschutz anstoßen. Trotz aller inhaltlichen Einwände gegen die Grundrechtsauslegung ist der herausgearbeitete Common Core eines allgemeinen Kündigungsschutzes in den Mitgliedstaaten ein wertvoller Beitrag, um über eine Harmonisierung dieses zentralen Elements des Arbeitnehmerschutzes zu diskutieren. Hierbei wird es darum gehen, einen Mindeststandard festzulegen und einen Ausgleich mit kollidierenden Grundrechten der Arbeitgeber sicherzustellen.

*Prof. Dr. Claudia Schubert,
Universität Hamburg*

Zusammenfassungen

Brameshuber: Digitalisierte Kommunikation in Arbeitsbeziehungen: Arbeitszeit und -ort, Mitbestimmung, Unfallversicherungsschutz

SR 1/2023, S. 5–19

In ihrer Abhandlung behandelt *Brameshuber* die Auswirkungen digitalisierter Kommunikation auf die Arbeitsbeziehungen in den Bereichen Arbeitszeit, Arbeitsort, Mitbestimmung und Unfallversicherungsschutz. Ausgangspunkt ist die Analyse der Gesetzeslage und Rechtsprechung in Österreich. Die Verfasserin zieht dabei Rückschlüsse auf die deutsche Rechtslage, da diese und die österreichische in vielen der genannten Bereiche ähnliche Fragen aufwerfen.

Klein: Unionsgrundrechtlicher Kinderrechtsschutz – Praktische Auswirkungen in der Rechtsprechung und Entwicklungspotentiale ua. im Wirtschafts- und Arbeitsrecht

SR 1/2023, S. 20–34

Klein untersucht in seinem Beitrag den unionsgrundrechtlichen Kinderrechtsschutz ausgehend von Art. 24 GRC. Dabei beleuchtet der Verfasser insbesondere die Frage, welche Auswirkungen eine solche Grundrechtsverbürgung insbesondere mit Blick auf das europäische Wirtschafts- sowie Arbeitsrecht hat und ob die praktische Wirksamkeit des Kinderschutzes durch dieses europäische Grundrecht verbessert werde.

Abstracts

Brameshuber: Digitalised communication in industrial relations: Working time and place, co-determination, statutory accident insurance cover

SR 1/2023, pp. 5–19

In her paper, *Brameshuber* deals with impact of digitalised communication on labour relations in the areas of working time, place of work, co-determination and accident insurance protection. Starting point is the analysis of the legal situation and case law in Austria. The author draws conclusions about the German legal situation, as this and the Austrian legal situation raise similar questions in many of the areas mentioned.

Klein: Protection of Children's Rights under EU Fundamental Rights – Practical Effects in Case Law and Potential for Development, eg. in Business and Labour Law

SR 1/2023, pp. 20–34

In his contribution, *Klein* examines the protection of children's rights under EU fundamental rights on the basis of Art. 24 CFR. In particular, the author examines the question of what effects such a guarantee of fundamental rights has, especially with regard to European economic and labour law, and whether the practical effectiveness of child protection is improved by this European fundamental right.

Vorschau In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

Abhandlungen

- *Frank Bayreuther: Mindestlohnerhöhung per Gesetz zwischen menschenrechtlicher Verpflichtung und Tarifautonomie*
- *Stefan Greiner: Allgemeiner Mindestlohn – sektoraler Mindestlohn – tarifdispositiver Mindestlohn*
- *Erika Kovács: Europäische Mindestlohnrichtlinie – Kompetenzen und Kriterien*
- *Hagen Lesch: Ökonomische Überlegungen zum Mindestlohn und seiner Festsetzung*



NEU

Der bewährte AÜG-Kommentar

Der Einsatz von Fremdpersonal spielt in der betrieblichen Praxis eine bedeutende Rolle. Dazu zählt die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern, freien Mitarbeitern und im Rahmen von Werkverträgen tätigen Personen. Die Rahmenbedingungen sind durch das seit 2017 geltende Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) gesetzt.

Viele Details sind nach wie vor umstritten. Umfangreiche Rechtsprechung in den letzten Jahren hat den nach wie vor defizitären Schutz der Beschäftigten in der Leiharbeitsbranche noch deutlicher werden lassen. Der Kommentar greift diese und andere Entwicklungen auf. Er bietet eine fundierte Darstellung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung einschließlich sonstiger Formen des Fremdfirmeneinsatzes. Einen Schwerpunkt bildet die Beteiligung des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal. Ebenfalls wird die europäische Richtlinie zur Leiharbeit erläutert.

Aktuelle Änderungen, wie das Verbot der Fremdfirmenarbeit im Bereich der Fleischwirtschaft durch das Arbeitsschutzkontrollgesetz, Änderungen durch die Novellierung der Entsenderichtlinie oder die Eröffnung der Möglichkeit der Kurzarbeit sowie weitere Rechtsentwicklungen bis Juni 2022 werden in der 6. Auflage berücksichtigt.

Ulber / Ulber (Hrsg.)

AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Kommentar für die Praxis

6., überarbeitete Auflage

2023. 1.482 Seiten, gebunden

Subskriptionspreis gültig bis 30. April 2023: € 139,-

Danach: € 159,-

ISBN 978-3-7663-7228-4

bund-shop.de/7228

Vorteile auf einen Blick:

- > Umfassender Kommentar mit wissenschaftlichem Anspruch
- > Starke Arbeitnehmerorientierung
- > Einschließlich EU-Bezug

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7228 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Exempl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7228-4	Ulber / Ulber (Hrsg.) AÜG – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Subskriptionspreis gültig bis 30. April 2023, danach: € 159,-	139,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:
069 / 79 50 10-20Fax:
069 / 79 50 10-11E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de
www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

GANZ EINFACH RECHT HABEN



**PRINT
+
ONLINE**

OHNE WENN UND ABER
für jedes Betriebsrats- und
Personalratsmitglied

Jetzt bestellen!

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de | Bestellhotline: 069 / 79 501 020