

Prof. Dr. Dres. h. c. Peter Hanau*

Die europäische Grundrechtecharta – ein arbeitsrechtliches Paradies?

Abstract

In entwickelten Rechtsordnungen gibt es viele Normenhierarchien. Grundrechte haben Vorrang vor einfachem Recht, Bundesrecht vor Landesrecht, europäisches vor nationalem Recht. Aber das Über- und Unterordnungsverhältnis ist vielfach durchbrochen, so durch konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeiten, beschränkte Drittwirkung von Grundrechten und Subsidiaritätserfordernisse. Im Verhältnis von europäischem und nationalem Recht ist dies alles noch im Fluss – in Richtung auf Europa. Der folgende Aufsatz enthält dazu eine Momentaufnahme für einen wichtigen Bereich des Arbeitsrechts.

* Der Verfasser ist emeritierter Professor für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität zu Köln.

I. Ein umfassender Katalog (auch) arbeitsrechtlicher Grundrechte

Die mit dem Vertrag von Lissabon Ende 2009 in Kraft getretene und mit ihm gleichrangige Charta der Grundrechte der Europäischen Union enthält zahlreiche Grundrechte, die auch arbeitsrechtlich relevant sind. Sie erweckt geradezu den Eindruck eines arbeitsrechtlichen Paradieses.¹ Zu nennen sind: Art. 8 Schutz personenbezogener Daten; Art. 15 Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten; Art. 16 Unternehmerische Freiheit; Art. 20 Gleichheit vor dem Gesetz; Art. 21 Nichtdiskriminierung. Über die bisherigen Richtlinien 2000/43 und 78 (umgesetzt durch das AGG) hinaus wird das Diskriminierungsverbot erstreckt auf die soziale Herkunft,² die genetischen Merkmale, die Sprache, die politische oder sonstige Anschauung, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit und das Vermögen. Weiter: Art. 23 Gleichheit von Männern und Frauen; Art. 27 Recht auf Unterrichtung und Anhörung im Unternehmen; Art. 28 Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen; Art. 30 Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung für jeden Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten; Art. 31 Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten, sowie auf bezahlten Jahresurlaub; Art. 33 Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub und einen Elternurlaub nach Geburt oder Adoption. Eine weitergehende Förderung der Kinderbetreuung fehlt.

Damit nicht genug. In Europa wimmelt es geradezu von Grundrechten. Dazu heißt es in der Präambel der Charta: „Diese Charta bekräftigt unter Achtung der Zuständigkeiten und Aufgaben der Union und des Subsidiaritätsprinzips die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten, aus den von der Union und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs der Europäischen Union* und des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* ergeben. In diesem Zusammenhang erfolgt die Auslegung der Charta durch die Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen, die unter Leitung des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta formuliert und unter Verantwortung des Präsidiums des Europäischen Konvents aktualisiert wurden.“

1 Dazu u. a. *Bauer/v. Medem Küçükdeveci* = Mangold hoch zwei? Europäische Grundrechte verdrängen deutsches Arbeitsrecht ZIP 2010, 449; *Hanau* Die Europäische Grundrechtecharta – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht NZA 2010, 1; *Wackerbarth/Kresse* Das Verwerfungsmonopol des BVerfG – Überlegungen nach der Küçükdeveci-Entscheidung des EuGH EuZW 2010, 252.

2 Benachteiligung von „Ossis“ nicht erfasst, weil sie sich nicht auf die ethnische oder soziale Herkunft bezieht *ArbG Stuttgart* Urteil v. 15.4.2010 –17 Ca 8907/09, siehe aber Art. 3 Abs. 3 GG, der jede Herkunft erfasst. Hier gehen die Grundrechte des GG ausnahmsweise weiter.

Die juristische Analyse wird durch dieses Übermaß nicht gerade erleichtert. Man kann nur hoffen, dass die Kodifikation der Charta einen gewissen Vorrang bekommt.

II. Je mehr Grundrechte, desto mehr Einschränkungen

Weitergehende Grundrechte erfordern weitgehende Einschränkungen. Das war auch ihren Schöpfern klar. Die Charta bestimmt deshalb in Art. 52: Einschränkungen der Grundrechte müssen gesetzlich vorgesehen sein, ihren Wesensgehalt achten und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Noch wichtiger Art. 51: Die Charta gilt für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.

III. Nicht Erweiterung, sondern Intensivierung des europäischen Arbeitsrechts

Da die Charta für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt, und das sind im Arbeitsrecht vor allem Richtlinien, führt sie nicht zu einer inhaltlichen Erweiterung des europäischen Arbeitsrechts. Wohl aber zu seiner Intensivierung durch horizontale Drittwirkung der Grundrechte auch unter Privaten, d. h. Nichtanwendbarkeit entgegenstehenden nationalen Rechts. Dies galt bisher nur gegenüber dem Staat,³ auch als Arbeitgeber,⁴ während für die Anpassung des nationalen Rechts unter Privaten an Richtlinien nur die – auf Initiative des *EuGH* allerdings arg strapazierte – richtlinienkonforme Auslegung zur Verfügung stand.⁵ Das Ergebnis war merkwürdig. Nicht eindeutig europarechtswidriges nationales Recht konnte durch Auslegung angepasst werden, während eindeutig Europarechtswidriges unberührt bleiben musste.

Eine horizontale Drittwirkung von grundrechtskonkretisierenden Richtlinien und damit der Grundrechte selbst wurde dagegen schon vor der Grundrechtecharta aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze in den *EuGH*-Entscheidungen im Fall *Mangold*⁶ und im Fall *Kücükdeveci*⁷ angenommen. Letztere Entscheidung enthält auch schon einen Hinweis auf die Grundrechtecharta. Allerdings hat die Generalanwältin (GA) *Trstenjak* in ihren Schlussanträgen vom 28.4.2010 in der Rechtssache *Rosen-*

3 Zuletzt *EuGH* NJW 2010, 587 („Petersen“).

4 Zuletzt *EuGH* Schlussanträge (GA *Kokott*) v. 6.5.2010 – C-499/08 („Andersen“): Die umstrittene Frage, ob das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters auch im Verhältnis zwischen Privaten unmittelbar wirken kann („horizontale Drittwirkung“), spielt im vorliegenden Fall keine Rolle. Denn der Ausgangsstreit betrifft ein „vertikales“ Rechtsverhältnis, in dem sich ein Arbeitnehmer und sein öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber gegenüberstehen.

5 Grundlegend für das Arbeitsrecht bisher *EuGH* ZIP 2004, 2342 („Pfeiffer“); Verteidigung dieser Rechtslage durch *BAG* DB 2010, 850.

6 *EuGH* NZA 2005, 1345 („Mangold“): Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG a. F.

7 *EuGH* ZIP 2010, 196 („Kücükdeveci“): Unanwendbarkeit von § 622 Abs. 2 S. 2 BGB.

blatt bezweifelt „ob die juristische Konstruktion tragfähig ist, nach der ein allgemeiner Rechtsgrundsatz bzw. ein Grundrecht durch eine Richtlinie in der Weise konkretisiert wird, dass er letztlich auch dann zwischen Privaten angewendet werden kann, wenn die Richtlinie deshalb nicht anwendbar ist“.⁸ Die GA *Kokott* spricht in ihrem Schlussantrag vom 6.5.2010 in der Rechtssache *Ole Andersen*⁹ von der „umstrittenen Frage“, ob das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten unmittelbar wirkt. Nach *LAG Düsseldorf*¹⁰ ist der antizipatorischen EuGH-Rechtsprechung durch Art. 21 der Charta Absolution erteilt worden.

Das *BVerfG*¹¹ ist dem so schwungvoll beigetreten, dass es gleich allen Richtlinien unmittelbar privatrechtliche Wirkung zuerkennt, zur Enttäuschung nationaler Denker.¹²

IV. Beim Alter bleibt nicht mehr alles beim Alten

Wichtigster Anwendungsfall sind die vollständig durch europäische Grundrechte abgedeckten Diskriminierungsverbote. Vor allem steht die Rechtsprechung des *BAG* auf dem Prüfstand, nach der beim Alter (fast) alles beim Alten geblieben ist. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB ist ja schon unanwendbar. Das gleiche Schicksal dürfte § 1b Abs. 1 S. 1 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (*BetrAVG*) bevorstehen, nach dem Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr für die Berechnung der Unverfallbarkeit betrieblicher Versorgungsansprüche außer Betracht bleiben. Die vom *BAG*¹³ (merkwürdigerweise mit Ausnahme der Altersgrenze 60 für Piloten¹⁴) absegneten tariflichen Altersgrenzen auf das Rentenalter werden in dem schon erwähnten Schlussantrag der GA *Trstenjak* (auf Vorlage des europarechtlich sensibleren *ArbG Hamburg*) nur eingeschränkt aufrechterhalten. Grundsätzlich reiche es nicht aus, dass die Tarifvertragsparteien sich auf die allgemeine Arbeitsmarktlage oder Erwägungen des nationalen Gesetzgebers berufen. Vielmehr müssten die Tarifvertragsparteien die objektive Rechtfertigung der Anwendung einer Rentenregelaltersgrenze spezifisch für den jeweils betroffenen Wirtschaftsbereich prüfen. Die GA geht nicht so weit, § 10 S. 3 Nr. 5 AGG für unanwendbar zu erklären, sondern bewegt sich lieber in dem diffusen Bereich richtlinienkonformer Auslegung, doch bleibt von dieser Bestimmung nicht viel übrig, wenn man der GA folgt.¹⁵

Als gefährdet muss auch das Kriterium des Lebensalters bei der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 S. 1 Kündigungsschutzgesetz (*KSchG*) angesehen werden, das anders als

8 *EuGH* Schlussanträge (GA *Trstenjak*) v. 28.4.2010 – C-45/09 („Rosenblatt“), Fn. 27.

9 *EuGH* Schlussanträge (GA *Kokott*) v. 6.5.2010 – C-499/08, („Andersen“) Rn. 23.

10 *LAG Düsseldorf* NZAR-RR 2010, 240.

11 *BVerfG* Urteil vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06, Rn. 14, 77, NZA 2010, 995.

12 S. *Gerken/Rieble/Roth/Stein/Strein* „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt 2009.

13 *BAG* NZA 2008, 1302.

14 *BAG* Beschluss v. 17.6.2009 – 7 AZR 112/08 (Vorlage zum *EuGH*).

15 Gequälte Zustimmung des *EuGH* zur Altersgrenze jetzt im Urteil v. 12.10.2010 – C-45/09 („Rosenblatt“).

die Altersgrenzen zu einer Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer führt. Das BAG¹⁶ meinte auch hier, den *EuGH* nicht einschalten zu müssen, doch wird dem jetzt von *Kaiser/Dahm*,¹⁷ entgegengehalten, dass Über-50-Jährige nicht signifikant stärker von Erwerbslosigkeit bedroht seien als Jüngere. Deshalb sei § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG insoweit unanwendbar. Eine Vorlage wird nicht lange auf sich warten lassen.

§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG (Altersgruppen) ist auf Vorlage des *ArbG Siegburg*¹⁸ bereits auf dem Wege zum *EuGH*. Das BAG hat auch insoweit auf eine Vorlage verzichtet.¹⁹ Auch die übliche Kürzung oder Streichung von Abfindungen in Sozialplänen wegen Rentenberechtigung ist vom BAG unter Berufung auf § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt worden.²⁰ Dass das BAG sich auch insoweit besser in Luxemburg abgesichert hätte, zeigen jetzt die Schlussanträge der GA *Kokott* vom 06.05.2010 in einem dänischen Fall.²¹ Der Entscheidungsvorschlag lautet:

„Wird Arbeitnehmern mit langjähriger Betriebszugehörigkeit im Fall ihrer Entlassung eine gesetzlich vorgeschriebene Abfindung gewährt, die ihnen den Übergang in ein neues Beschäftigungsverhältnis finanziell erleichtern soll, ist es mit den Artt. 2 und 6 der Richtlinie 2000/78/EG unvereinbar, diese Entlassungsabfindung Arbeitnehmern vorzuenthalten, die beim Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eine Altersrente beziehen können, sofern keine Rücksicht darauf genommen wird, ob der jeweilige Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt tatsächlich Altersrente beziehen wird oder aber weiterhin dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht und ob ein Eintritt in den Ruhestand zu diesem Zeitpunkt für den jeweiligen Arbeitnehmer zu einem erheblichen Frühverrentungsabschlag oder sonst zu erheblichen finanziellen Einbußen bei der Rentenhöhe führen würde.“

Für den 20.5.2010 war eine Entscheidung des BAG²² zur Frage der Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung nach Lebensaltersstufen vorgesehen. Das BAG hat hier aber den Weg nach Luxemburg gefunden und den Fall dem *EuGH* vorgelegt, zugespitzt auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen Diskriminierungsverbot und Tarifautonomie.

Bereits einmal beim *EuGH* waren die in der betrieblichen Altersversorgung üblichen Späteheklauseln.²³ Der *EuGH* hat die Vorlage (des BAG) damals zurückgewiesen, weil der Anlassfall vor Inkrafttreten der Gleichbehandlungsrichtlinie lag. In neueren Fällen ist die Vorlage deshalb nachzuholen.

16 BAG SAE 2009, 293 (mit Anmerkung v. Hoff).

17 *Kaiser/Dahm* Sozialauswahl ohne Lebensalter! NZA 2010, 473.

18 *ArbG Siegen* Urteil v. 27.1.2010 – 2 Ca 2144/09.

19 BAG NZA 2010, 457.

20 BAG BB 2009, 2428.

21 *EuGH* Schlussanträge (GA *Kokott*) v. 6.5.2010 – C-499/08 („Andersen“). Ebenso jetzt *EuGH* 12.10.2010 C-499/08 („Andersen“).

22 Terminvorschau zu 6 AZR 319/09.

23 *EuGH* NJW 2008, 3417 („Bartsch“).

Für eine zunehmende Sensibilität des *BAG* in Bezug auf das Verbot der Alters- und Jugenddiskriminierung spricht ein Urteil vom 13.10.2009.²⁴ Hier ging es um eine Dienstvereinbarung für Oberschulen, die Lehrer bei Umsetzungen vor altersbedingt steigenden Belastungen schützen sollte. Das *BAG* bezweifelt, ob ein genereller Erfahrungssatz besteht, wonach es Arbeitnehmern mit zunehmendem Alter regelmäßig schwerer fällt, nach einer Versetzung unter veränderten Umständen zu arbeiten. In der Rechtsprechung sei lediglich anerkannt, dass die physische Belastbarkeit mit zunehmendem Alter abnimmt. Deshalb soll das *LAG Berlin-Brandenburg* nun prüfen, ob ältere Lehrer durch Belastungen wie die Einbindung in ein anderes Kollegium und die Einarbeitung in ein anderes pädagogisches Konzept stärker belastet sind als jüngere Arbeitnehmer. An die Stelle typisierter Einschätzungen der Lage älterer Arbeitnehmer tritt also hier und sicher noch öfter die Forderung nach individueller Beurteilung spezieller Berufssituationen. Hier wird noch ein Mittelweg gesucht werden müssen. Einerseits dürfen die mit den Diskriminierungsverboten bekämpften Stereotype nicht unter der Flagge der Typisierung fortgeführt werden, andererseits darf die Individualisierung nicht bis zur Unmöglichkeit, etwa bis zu jedem einzelnen Individuum, weitergetrieben werden.

Wer darüber verzweifelt, kann sich ein wenig damit trösten, dass die aus den Diskriminierungsverboten resultierenden Haftungsrisiken in gewissem Umfang versicherbar sind. Die Betriebshaftpflichtversicherungen hatten allerdings vorsichtshalber seit 2004 Ansprüche wegen Benachteiligung ausdrücklich ausgeschlossen. Dagegen gibt es spezielle AGG-Policen, die Schadensersatzansprüche abdecken, manchmal auch Entschädigungsansprüche.

V. Kündigungsschutz als (statt?) Diskriminierungsschutz

Besonders deutlich auf dem Prüfstand steht § 2 Abs. 4 AGG, nach dem für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten, also nicht das AGG. Die EU-Kommission hat deshalb schon ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Vorlage an den *EuGH* ist geboten.

VI. Wie weit geht das Grundrecht auf Urlaub?

Das Urlaubsrecht, insbesondere § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), ist bisher schon unter der Flagge der richtlinienkonformen Auslegung umgestaltet worden. Begann dies mit Fällen, in denen der Arbeitnehmer den Urlaub wegen Arbeitsunfähigkeit nicht nehmen konnte, hat die 12. Kammer des *LAG Düsseldorf* (Vorsitzender *Dr. Plüm*), die schon die *Schultz-Hoff*-Entscheidung des *EuGH*²⁵ herbeigeführt

24 *BAG NZA* 2010, 327.

25 *EuGH DB* 2009, 234 („Schultz-Hoff“).

hat, noch einen draufgesetzt: nach dem Urteil des *EuGH* vom 10.9.2009²⁶ sei § 7 Abs. 3 BUrlG im Licht der Richtlinie 2003/88/EG unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass der gesetzliche Anspruch auf vierwöchigen Erholungsurlaub weder auf das Ende des Kalenderjahres noch auf das Ende des Übertragungszeitraums befristet ist. Der Anspruch bestehe demzufolge auch im Falle der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers fort. Gem. § 7 Abs. 4 BUrlG sei dann der Urlaub, der wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer nicht mehr gewährt werden kann, auszus zahlen. Dies geht schon über eine richtlinienkonforme Auslegung hinaus und wird zum Gebot der Unanwendbarkeit.

Ein Beschluss des *BAG* vom 17.11.2009²⁷ bemüht sich um Einschränkung. Eine tarifvertragliche Regelung, nach der sich das Urlaubsgeld durch Kurzarbeit vermindert, verstoße möglicherweise gegen Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88, doch begründe dies keine Pflicht, den *EuGH* anzurufen. Dies sei nämlich nicht erforderlich und sogar unzulässig, wenn das deutsche Recht eine Richtlinie zwar möglicherweise unzureichend oder fehlerhaft umgesetzt hat, aber nicht richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden kann. Dazu beruft sich das *BAG* auf den bisher anerkannten Grundsatz dass „einzelstaatliche Normen im Verhältnis zu einem privaten Arbeitgeber nur dann unangewendet bleiben können, wenn das nationale Recht gegen das Primärrecht oder anderes unmittelbar geltendes Recht der Gemeinschaften, etwa das Verordnungsrecht, verstößt“.

Heute muss die Stellungnahme zu dieser Entscheidung zwiespältig ausfallen. Einerseits ist es richtig und in der Tat besonders zu betonen, dass ein Verstoß nationalen Rechts (auf allen Ebenen) gegen eine Richtlinie nicht entscheidungserheblich und damit nicht vorlagefähig ist, wenn er nicht durch richtlinienkonforme Auslegung geheilt werden kann. Dies dürfte bisher nicht immer hinreichend beachtet worden sein. Andererseits gilt dies jedenfalls nach der neuen Rechtsprechung des *EuGH* nicht, wenn sich die Richtlinie als Konkretisierung eines Grundrechts darstellt. Das *BAG* erwähnt zwar, dass die GA den bezahlten Jahresurlaub in der Sache Schultz-Hoff als soziales Grundrecht i. S. v. Art. 31 Abs. 2 der Charta bezeichnet hatte, doch habe sich der *EuGH* nicht darauf, sondern auf Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie gestützt. Nachdem die Charta nun in Kraft getreten ist, dürfte eine Vorlage an den *EuGH* geboten sein.

VII. Leerlaufende Grundrechte

Nicht immer ist die Feststellung leicht, ob und inwieweit für ein europäisches Grundrecht europäische Durchführungsbestimmungen bestehen, sodass es auf das nationale Recht durchschlagen kann. Nehmen wir als Beispiel den Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz durch § 23 KSchG. Dies könnte an zwei europäischen Grundrechten zu messen sein, dem allgemeinen Gleichheitssatz und

26 *EuGH* EuZW 2009, 784 („Vicente Pereda“).

27 *BAG* DB 2010, 850.

dem Schutz eines jeden Arbeitnehmers vor ungerechtfertigter Entlassung. Eine Richtlinie zur Durchführung dieser Grundrechte gibt es aber nicht. Wir haben zwar die Massentlassungsrichtlinie und die auf Entlassungsbedingungen anwendbaren Gleichbehandlungsrichtlinien, die aber nur einen begrenzten Anwendungsbereich haben. Das schon erwähnte Urteil des *EuGH* vom 19.1.2010²⁸ bezeichnet das zu einer horizontalen Drittwirkung führende Verhältnis von Grundrechten und Richtlinien als Konkretisierung. Man wird nicht sagen können, dass Massentlassungs- und Gleichbehandlungsrichtlinien das Verbot ungerechtfertigter Entlassungen allgemein konkretisieren.²⁹

Das in Art. 28 der Charta gewährleistete Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen dürfte ebenfalls weitgehend leerlaufen, da Art. 153 Abs. 5 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht von der sozialpolitischen Kompetenz der Union ausnimmt. Dieses Grundrecht wird deshalb wie bisher nur als Gegengewicht gegen grenzüberschreitende Unternehmens- und Arbeitnehmerverlagerungen bedeutsam sein.

VIII. Nur negative oder auch positive Drittwirkung?

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Drittwirkung eines europäischen Grundrechts unter Privaten über die Nichtanwendung entgegenstehenden nationalen Rechts hinaus zur Neuschaffung von nationalem Recht führen kann. Dies ist insbesondere für Gleichbehandlungsfälle bedeutsam. So rügt die EU-Kommission, dass Deutschland bestimmte Leistungseinschränkungen für Beamte oder Soldaten in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft vorsehe, wohingegen verheiratete Partner Anspruch auf die entsprechenden Leistungen (Beihilfe, Familienzuschlag und Hinterbliebenenpension) haben. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen zu treffen, gelte nach dem deutschen Recht nur für schwerbehinderte Menschen.

Kann die horizontale Wirkung des Grundrechts aus Art. 21 der Charta dazu führen, dass das Fehlende unmittelbar in das nationale Recht einzieht? Wohl nicht, da auch in der die horizontale Drittwirkung anerkennenden *EuGH*-Rechtsprechung immer nur von der Nichtanwendbarkeit bestehenden und nicht von der Schaffung neuen nationalen Rechts die Rede ist.³⁰ Dagegen könnte die weitere Beanstandung der

28 *EuGH* ZIP 2010, 196 („Küçükdeveci“).

29 So vor dem Inkrafttreten der Charta *EuGH* Beschluss v. 16.1.2008 – C-361/07 („Polier“), s. Brose Das Ende der Kleinbetriebsklausel und des Contrat nouvelles embauches wegen Europarechtswidrigkeit ZESAR 2008, 221. Allgemein zum Anwendungsbereich des Unionsrechts *BVerfG* wie Fn. 11, Rn. 73.

30 So ausdrücklich *GA Bot* in seinen Schlussanträgen vom 7.7.2009 zum Fall „Küçükdeveci“, ZIP 2009, 1487: Die Richtlinien können zwar nicht an die Stelle fehlenden oder säumigen nationalen Rechts treten, um unmittelbar Verpflichtungen für einen Einzelnen zu begründen, sondern nur entgegenstehendes nationales Recht ausschließen, sodass das nationale Gericht nur das von den richtlinienwidrigen Bestimmungen befreite nationale Recht für seine

Kommission, dass kein Anspruch auf Schadensersatz bei einem unverschuldeten Verstoß gegen Diskriminierungsverbote besteht, durch schlichte Nichtanwendung des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG berücksichtigt werden.

IX. Ein Fußtritt des BVerfG für das europamüde BAG

Wie das Bisherige gezeigt hat, ist das BAG anders als die Instanzgerichte europamüde und entscheidet lieber selbst, nicht nur über die horizontale Wirkung europäischen Rechts, sondern auch über die europakonforme Auslegung. Dies hat ihm nun einen Fußtritt des BVerfG in Richtung Luxemburg eingebracht.³¹ Das BAG hatte es mit Urteil vom 21.5.2008³² gewagt, selbst zu entscheiden, dass die Stellungnahme des Betriebsrats zu einer Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG nachgereicht werden kann. Damit hat das BAG nach Auffassung des BVerfG dem Kläger entgegen Art. 101 GG den EuGH als gesetzlichen Richter genommen. Die Kammer des BVerfG ist dabei tief in das Recht der Massenentlassung eingestiegen, um dem nicht so kundigen BAG zu zeigen, wo es lang geht. Eben nach Luxemburg.

X. Ergebnis

Während die finanziellen Grundlagen der EU oder wenigstens des Euros wanken, schreitet das europäische Arbeitsrecht voran und bringt die nationalen Rechtsordnungen zunehmend unter seine Kontrolle. Bisher war es üblich, in den europäischen Gremien erst einmal mitzumachen und die Konsequenzen für das nationale Recht erst später zu bedenken. Die zunehmende Intensität des europäischen Rechts legt es nahe, nicht erst nachträglich nachzudenken.

Entscheidung in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen anwendet. Ebenso für einen nur negative Wirkung von Richtlinien jetzt BVerfG wie Fn. 11, Rn. 77.

31 Kammerentscheidung v. 25.2.2010 – 1 BvR 230/09, NJW 2010, 1268. Ausdrücklich dagegen BVerfG wie Fn. 11, Rn. 89: Art. 101 GG nur verletzt, wenn die Nichtvorlage offensichtlich unhaltbar ist.

32 BAG NZA 2008, 753.