

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 365

Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Von

Matthias Munder



Duncker & Humblot · Berlin

MATTHIAS MÜNDER

Richtlinienkonforme Auslegung
und Fortbildung von Tarifverträgen

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 365

Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Von

Matthias Münder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg
hat diese Arbeit im Jahr 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormArt, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-18158-2 (Print)

ISBN 978-3-428-58158-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern und Großeltern

Vorwort

Der Promotionsausschuss der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg hat diese Arbeit im Juni 2020 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 1. Juli 2020 statt. Rechtsprechung und Literatur habe ich zuletzt im Januar 2021 aktualisiert.

Prof. Dr. Matthias Jacobs hat diese Arbeit betreut und das Erstgutachten erstellt. Er hat mich schon während meines Studiums für das Arbeitsrecht begeistert. Im Anschluss an das Studium habe ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl gearbeitet. Während dieser für mich prägenden Zeit ist die Arbeit entstanden. Matthias Jacobs hat mich über die gesamte Lehrstuhlzeit hinweg in fachlicher und menschlicher Hinsicht unterstützt, in vielfältiger Weise gefördert und mir den Spaß an der Wissenschaft vermittelt. Dafür möchte ich mich herzlich bedanken.

Prof. Dr. Richard Giesen danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich möchte mich ferner bei allen Kolleginnen und Kollegen des Lehrstuhls Privatrecht III bedanken, mit denen ich während meiner Lehrstuhlzeit zusammengearbeitet habe. Sie haben wesentlich dazu beigetragen, dass ich mich am Lehrstuhl sehr wohl gefühlt habe. Bei ihnen bin ich immer auf offene Ohren gestoßen, wenn ich Fragen zu meiner Dissertation diskutieren wollte. Namentlich hervorheben möchte ich Dr. Tino Frieling, der mir die Anregung für mein Dissertationsthema gab und mir ein steter Gesprächspartner war.

Die Stiftung der Deutschen Wirtschaft hat mich während meiner Promotionszeit mit einem Promotionsstipendium gefördert. Für diese Unterstützung bedanke ich mich.

Diese Arbeit wurde mit dem Dissertationspreis des Hamburger Vereins für Arbeitsrecht und dem KLIEMT.Arbeitsrecht-Dissertationspreis ausgezeichnet.

Schließlich konnte ich mich auf meinem Lebensweg stets auf die Unterstützung meiner Eltern und Großeltern verlassen. Ihnen ist die Arbeit zum Dank gewidmet.

Hamburg im Januar 2021

Matthias Münster

Inhaltsübersicht

Einleitung	29
A. Beispielsfall	31
B. Gang der Untersuchung	35

1. Teil

Grundlagen der Untersuchung	37
------------------------------------	----

1. Kapitel

Richtlinien als Form der Rechtsetzung der EU	37
A. Umsetzungspflicht	38
B. Frustrationsverbot	39
C. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	40
D. Zusammenfassung zu Richtlinien als Form der Rechtsetzung der EU	45

2. Kapitel

Grundsätze richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung	46
A. Richtlinienkonforme Rechtsfindung in der Rechtsprechung des EuGH	47
B. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG	54
C. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen im deutschen Schrifttum	60
D. Prämissen für die weitere Untersuchung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Gesetzen	81

3. Kapitel

Maßstäbe der Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	91
A. Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung in Rechtsprechung und Schrifttum	92
B. Maßstäbe der Tarifvertragsfortbildung in Rechtsprechung und Schrifttum	99
C. Prämissen für die weitere Untersuchung zu den Maßstäben der Tarifvertragsauslegung und Tarifvertragsfortbildung	107

4. Kapitel

Maßstäbe der Rechtsfindung im Primärrecht	112
A. Ziel der Auslegung des Primärrechts	112
B. Mittel bei der Auslegung des Primärrechts	114
C. Keine Wortlautgrenze für das Normverständnis des Primärrechts – Zulässigkeit der Rechtsfortbildung nach deutschem Methodenverständnis	118
D. Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	120
E. Möglicher Wortsinn aller 24 Sprachfassungen als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	122
F. Voraussetzungen der Primärrechtsfortbildung	124
G. Grenzen der Primärrechtsfortbildung	125
H. Prämissen für die weitere Untersuchung zu den Maßstäben der Rechtsfindung im Primärrecht	128

2. Teil

Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	131
--	-----

1. Kapitel

Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen in Rechtsprechung und Schrifttum	131
A. Fehlende Stellungnahme des EuGH	131
B. Spärliche Rechtsprechung deutscher Arbeitsgerichte	133
C. Geteilte Meinungslandschaft im deutschen Schrifttum	136
D. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen in Rechtsprechung und Schrifttum	139
E. Exkurs: Andere „Konformauslegungen“ von Tarifverträgen	140
F. Mögliche Ansatzpunkte für eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	144

2. Kapitel

Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien	146
A. Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum	146
B. Abgrenzung privater Tarifvertragsparteien von staatlichen Tarifvertragsparteien	173

C. Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien als unzulässige Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV	173
D. Richtlinienbindung staatlicher Tarifvertragsparteien	195
E. Exkurs: Für staatliche Tarifvertragsparteien geltendes Frustrationsverbot	197
F. Zusammenfassung zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien	197

3. Kapitel

Nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	199
A. Wille der Tarifvertragsparteien zur richtlinienkonformen Regelung als Anknüpfungspunkt	199
B. Keine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung aufgrund etwaiger Ermessensreduzierung	212
C. Nationale Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit – Auswirkungen unmittelbarer Richtlinienwirkung	213
D. Ergebnis: Nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen im Gleichlauf zur unmittelbaren Richtlinienwirkung	231

4. Kapitel

Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	233
A. Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	233
B. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen bei Tarifgeltungserstreckung durch die Exekutive	305
C. Ergebnis: Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen, unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Allgemeinverbindlicherklärungen und AEntG-Rechtsverordnungen	333

Zusammenfassung der wesentlichen Prämissen und Ergebnisse	335
1. Teil: Grundlagen der Untersuchung	335
2. Teil: Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen ..	337
Literaturverzeichnis	341
Sachverzeichnis	372

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	29
A. Beispielsfall	31
B. Gang der Untersuchung	35
 <i>1. Teil</i>	
Grundlagen der Untersuchung	37
 1. Kapitel	
Richtlinien als Form der Rechtsetzung der EU	37
A. Umsetzungspflicht	38
B. Frustrationsverbot	39
C. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	40
I. Voraussetzungen der unmittelbaren vertikalen Wirkung von Richtlinien	40
II. Begründung des EuGH für die unmittelbare vertikale Wirkung von Richtlinien	41
III. Rezeption der EuGH-Rechtsprechung in der deutschen Rechtsprechung und Wissenschaft – Rechtsfortbildung durch den EuGH	42
IV. Keine unmittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien	43
D. Zusammenfassung zu Richtlinien als Form der Rechtsetzung der EU	45
 2. Kapitel	
Grundsätze richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung	46
A. Richtlinienkonforme Rechtsfindung in der Rechtsprechung des EuGH	47
I. Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	47
II. Inhalt der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	48
III. Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	50
IV. Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	51
V. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der Rechtsprechung des EuGH	53
B. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG	54

I.	Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	54
II.	Umsetzung der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der deutschen Methodenlehre	55
III.	Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	57
IV.	Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	57
V.	Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG	59
C.	Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen im deutschen Schrifttum	60
I.	Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	60
1.	Unionsrechtlicher Geltungsgrund	60
a)	Art. 288 Abs. 3 AEUV	60
b)	Art. 4 Abs. 3 EUV	62
c)	Art. 288 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV	63
d)	Rang des Unionsrechts	63
2.	Nationalrechtlicher Geltungsgrund	63
a)	Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 1 GG	63
b)	Analogie zu Art. 36 EGBGB	64
c)	Umsetzungswille des nationalen Gesetzgebers	64
II.	Umsetzung der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der deutschen Methodenlehre	65
1.	Richtlinienkonforme Auslegung	65
a)	Interpretatorische Vorrangregel	66
b)	Ergebnisvorrang	67
2.	Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	68
a)	Unvollständigkeit des Gesetzes	68
b)	Planwidrigkeit als vom Ziel der Gesetzesauslegung abhängige Voraussetzung der Rechtsfortbildung	69
aa)	Durch Widerspruch zwischen nationalem Gesetz und Richtlinie begründete Planwidrigkeit bei Maßgeblichkeit des objektivierten gesetzgeberischen Willens	70
bb)	Gesetzgeberischer Umsetzungswille als Maßstab bei (mutmaßlicher) Maßgeblichkeit des objektivierten gesetzgeberischen Willens	71
cc)	Nationaler gesetzgeberischer Plan als alleiniger Maßstab bei subjektivem Auslegungsziel	73
III.	Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	74
IV.	Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	75
1.	Verbot der Rechtsfindung contra legem – nationale Methodenlehre als Grenze	75
2.	Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	77
3.	Grundrechte als indirekte Grenze	79

V. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung im deutschen Schrifttum	80
D. Prämissen für die weitere Untersuchung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Gesetzen	81
I. Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	81
1. Art. 288 Abs. 3 AEUV als unionsrechtlicher Geltungsgrund	81
2. Ablehnung des Art. 4 Abs. 3 EUV als Geltungsgrund richtlinienkonformer Rechtsfindung	82
3. Ablehnung einer dem Grundgesetz entspringenden Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	83
4. Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aufgrund des gesetzgeberischen Umsetzungswillens abhängig vom Ziel der Gesetzesauslegung	83
5. Mittelbare Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aufgrund des Rangs des Umsetzungsbefehls	85
II. Inhalt der unionsrechtlichen Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ..	85
III. Umsetzung in der deutschen Methodenlehre	86
1. Richtlinienkonforme Auslegung als interpretatorische Vorrangregel	86
2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	86
IV. Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	88
V. Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung	89
1. Verbot der Rechtsfindung contra legem – nationale Methodenlehre als Grenze	89
2. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz	90

3. Kapitel

Maßstäbe der Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	91
A. Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung in Rechtsprechung und Schrifttum	92
I. Auslegung des normativen Tarifvertragsteils	92
1. „Gesetzesgleiche“ Auslegung durch die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums	92
2. „Vertragsauslegung“ durch Teile der Literatur	94
II. Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils in Rechtsprechung und Schrifttum	98
B. Maßstäbe der Tarifvertragsfortbildung in Rechtsprechung und Schrifttum	99
I. Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils	99
1. Begrifflichkeiten	99
2. Lücke als Voraussetzung der Tarifvertragsfortbildung	100
3. Lückenfeststellung und -schließung durch die Gerichte	100
4. Zulässigkeit der Tarifvertragsfortbildung bei mehreren Möglichkeiten zur Lückenschließung	103

5. Aussetzung des Verfahrens bis zur Neuregelung durch die Tarifvertragsparteien	104
II. Ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils	106
C. Prämissen für die weitere Untersuchung zu den Maßstäben der Tarifvertragsauslegung und Tarifvertragsfortbildung	107
I. Auslegung des normativen Tarifvertragsteils	107
II. Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils	108
III. Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils	108
IV. Ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils	110

4. Kapitel

Maßstäbe der Rechtsfindung im Primärrecht	112
A. Ziel der Auslegung des Primärrechts	112
B. Mittel bei der Auslegung des Primärrechts	114
C. Keine Wortlautgrenze für das Normverständnis des Primärrechts – Zulässigkeit der Rechtsfortbildung nach deutschem Methodenverständnis	118
D. Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	120
E. Möglicher Wortsinn aller 24 Sprachfassungen als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	122
F. Voraussetzungen der Primärrechtsfortbildung	124
G. Grenzen der Primärrechtsfortbildung	125
H. Prämissen für die weitere Untersuchung zu den Maßstäben der Rechtsfindung im Primärrecht	128

2. Teil

Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	131
--	-----

1. Kapitel

Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen in Rechtsprechung und Schrifttum	131
A. Fehlende Stellungnahme des EuGH	131
B. Spärliche Rechtsprechung deutscher Arbeitsgerichte	133
I. Neunter Senat des BAG erwägt richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung ...	133
II. Vereinzelt halten LAG richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung für möglich	135

C. Geteilte Meinungslandschaft im deutschen Schrifttum	136
I. Befürworter einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	136
II. Gegner einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	138
D. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen in Rechtsprechung und Schrifttum	139
E. Exkurs: Andere „Konformauslegungen“ von Tarifverträgen	140
I. Verfassungskonforme Rechtsfindung in Tarifverträgen	140
1. Verfassungskonforme Tarifvertragsauslegung	140
2. Verfassungskonforme Tarifvertragsfortbildung?	141
II. Gesetzeskonforme Tarifvertragsauslegung	144
F. Mögliche Ansatzpunkte für eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	144

2. Kapitel

Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien 146

A. Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum	146
I. EuGH: Entwicklung der Rechtsprechung hin zu Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien	146
1. Gleichbehandlung von Frauen und Männern – erste Äußerungen zum Verhältnis von Richtlinien und Tarifverträgen	146
2. Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts	148
3. Rechtssache Rosenblatt: Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien oder bloß richtlinienkonforme Auslegung nationaler Gesetze?	149
4. Rechtssache Hennigs: Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien	151
5. Rechtssachen Prigge, Tyrolean Airways, Hay, Bowman, Abercrombie & Fitch Italia und Bedi: Bestätigung der Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien	155
6. Qualität der Bindung an RL 2000/78/EG – Unterlassungspflicht	158
7. Arbeitszeit- und Urlaubsrichtlinie 2003/88/EG kann Tarifverträgen entgegenstehen	159
8. Verhältnis der Tarifvertragsparteien zu weiteren Richtlinien	162
9. Zusammenfassung: Differenzierung bei Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien zwischen Richtlinien durch den EuGH	164
II. BAG	164
1. RL 2000/78/EG und die Tarifvertragsparteien	164
2. RL 2003/88/EG und die Tarifvertragsparteien	167

3. RL 1999/70/EG und die Tarifvertragsparteien	169
4. Zusammenfassung: Keine einheitliche Linie am BAG	170
III. Deutsches Schrifttum	171
IV. Zusammenfassung zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien in Rechtsprechung und deutschem Schrifttum	172
B. Abgrenzung privater Tarifvertragsparteien von staatlichen Tarifvertragsparteien	173
C. Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien als unzulässige Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV	173
I. Begriff der Richtlinienbindung	174
II. Keine allgemeine Richtlinienbindung nach Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV	174
III. Keine allgemeine Richtlinienbindung durch Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV	180
1. Systematik spricht gegen Planwidrigkeit	180
a) Vergleich zwischen Art. 288 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV	180
b) Mitwirkung der Sozialpartner an der Rechtsetzung im Sozialen Dialog	181
aa) Überblick über den Sozialen Dialog	181
bb) Keine einem Mitgliedstaat vergleichbare Rolle im Rechtsetzungsverfahren	183
c) Kein Verstoß gegen Diskriminierungsverbot bei fehlender Richtlinienbindung	185
d) Zwischenergebnis	185
2. Teleologische Erwägungen	185
a) Effektivität des Art. 288 Abs. 3 AEUV – Übertragbarkeit der Argumentation zur Anwendbarkeit des Entgeltdiskriminierungsverbots und der Niederlassungsfreiheit auf Tarifverträge?	186
b) Gesetzgeberähnliche Stellung privater Tarifvertragsparteien gegenüber ihren Mitgliedern	189
aa) Zwecke der Unterlassungspflicht des Gesetzgebers	190
bb) Übertragbarkeit auf private Tarifvertragsparteien	190
c) Zwischenergebnis	191
3. Überschreiten der Rechtsfortbildungsgrenzen	191
a) Kompetenzgrenze des Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht einschlägig	191
b) Überschreiten der allgemeinen Rechtsfortbildungsgrenze aus Art. 5 Abs. 2, 48 EUV	192
c) Zwischenergebnis	192
4. Ergebnis: Keine allgemeine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV	193
IV. Unzulässigkeit der Richtlinienbindung auf Grundlage einzelner Richtlinienbestimmungen	193
V. Richtlinienbindung bei Übertragung der Richtlinienumsetzung an die Sozialpartner, Art. 153 Abs. 3 AEUV	194

VI. Zusammenfassung: Keine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien . . .	194
D. Richtlinienbindung staatlicher Tarifvertragsparteien	195
E. Exkurs: Für staatliche Tarifvertragsparteien geltendes Frustrationsverbot	197
F. Zusammenfassung zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien	197

3. Kapitel

Nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	199
A. Wille der Tarifvertragsparteien zur richtlinienkonformen Regelung als Anknüpfungspunkt	199
I. Maßgeblichkeit des Willens der Tarifvertragsparteien bei der Auslegung und Fortbildung des Tarifvertrags	201
II. Wege zur Willensermittlung	201
1. Rückgriff auf die Auslegungsmittel	201
2. Tarifauskunft als unzulässiger Weg der Willensermittlung	202
III. Keine Vermutung des Willens zur richtlinienkonformen Regelung	203
1. Keine Rechtfertigung der Vermutung aus nationaler Perspektive	203
2. Kein unionsrechtliches Gebot zur Vermutung einer richtlinienkonformen Regelungsabsicht	205
a) Äußerungen des EuGH zum gesetzgeberischen Umsetzungswillen als Grundlage	206
b) Vermutung des gesetzgeberischen Willens zur Richtlinienkonformität als unzulässige Rechtsfortbildung	206
c) Ergebnis: Vermutung des Willens der Tarifvertragsparteien zur Richtlinienkonformität als unzulässige Rechtsfortbildung	208
3. Ergebnis: Keine Vermutung eines Konformitätswillens der Tarifvertragsparteien	208
IV. Keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung eines Tarifvertrags bei ermitteltem Konformitätswillen	209
V. Ergebnis: Wille der Tarifvertragsparteien zur richtlinienkonformen Regelung als untauglicher Anknüpfungspunkt	210
B. Keine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung aufgrund etwaiger Ermessensreduzierung	212
C. Nationale Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit – Auswirkungen unmittelbarer Richtlinienwirkung	213
I. Begründung verfassungskonformer Rechtsfindung	214
1. Begründung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung	214
2. Begründung der verfassungskonformen Gesetzesfortbildung	216

II. Nationale Vorrangregel als Konsequenz drohender Unanwendbarkeit in Anlehnung an die verfassungskonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen . . .	219
1. Unanwendbarkeit richtlinienwidriger Tarifvertragsbestimmungen als Folge unmittelbarer vertikaler Richtlinienwirkung	220
a) Unmittelbare Richtlinienwirkung auch gegenüber Tarifvertragsbestimmungen	220
b) Unterschied zwischen normativem und schuldrechtlichem Tarifvertragsteil bei unmittelbarer Richtlinienwirkung	221
c) Reichweite unmittelbarer Richtlinienwirkung und damit einer etwaigen Vorrangregel	222
d) Keine Vorrangregel bei privaten Arbeitgebern und privaten Tarifvertragsparteien denkbar mangels unmittelbarer Richtlinienwirkung	223
e) Zusammenfassung	223
2. Richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung aus Respekt vor den Tarifvertragsparteien und zum Erhalt ihrer Autorität und Autonomie	223
a) Richtlinienkonforme Auslegung des normativen Tarifvertragsteils bei staatlichem Arbeitgeber	224
b) Richtlinienkonforme Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils bei staatlicher Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite	227
3. Begrenzte richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung	227
III. Zusammenfassung zur nationalen Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit	229
D. Ergebnis: Nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen im Gleichlauf zur unmittelbaren Richtlinienwirkung	231

4. Kapitel

Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	233
A. Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	233
I. Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite der judikativen Umsetzungspflicht	234
II. Meinungsbild im Schrifttum zur Begründung der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung über die Umsetzungspflicht der Gerichte	235
III. Ähnlich gelagerte Diskussionen im deutschen Recht	237
1. Kontrolle von Kollektivverträgen anhand der Grundrechte	237
a) Kontrolle von Tarifverträgen anhand der Grundrechte	237
aa) Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen	238
bb) Betriebsnormen	239
b) Kontrolle von Betriebsvereinbarungen anhand der Grundrechte	242

c) Zusammenfassung: Legitimation der Normwirkung als Argumentations- topos	244
2. Beschränkte Grundrechtsbindung der Zivilgerichte	245
a) Reichweite der Grundrechtsbindung der Gerichte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG	246
b) Differenzierung nicht unmittelbar übertragbar – Schutz der Privatautono- mie als Argumentationstopos	251
3. Zusammenfassung: Erkenntnisse aus Diskussionen zum deutschen Recht für die Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV	252
IV. Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV – Inhalt der judikativen Umsetzungs- pflicht	253
1. Richtlinien als mitgliedstaatsgerichtete Normen	253
a) Verbindlichkeitsgrenze – keine Verbindlichkeit von Richtlinien gegenüber Privaten	254
b) Präzisierung der Verbindlichkeitsgrenze – Abgrenzung zulässiger von un- zulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten	256
aa) Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegen- über Privaten durch den EuGH	257
(1) Keine Bedenken bei richtlinienkonformer Rechtsfindung	257
(2) Verbot unmittelbarer Horizontalwirkung	258
(3) Belastende Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten	258
(a) Rechtsstreit zwischen Privaten im Ausgangsverfahren	259
(b) Rechtsstreit zwischen einem Privaten und dem Staat im Aus- gangsverfahren	260
(c) Zusammenfassung: Zulässigkeit belastender Richtlinienwir- kungen gegenüber Privaten	262
(4) Systematisierung der EuGH-Rechtsprechung zur belastenden Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten durch das Schrifttum	262
(a) Unterscheidung zwischen negativer und positiver Richt- linienwirkung	263
(b) Unterscheidung zwischen Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit der belastenden Richtlinienwirkung	264
(5) Zusammenfassung: EuGH ohne klares Konzept zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Pri- vaten	266
bb) Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegen- über Privaten im Schrifttum	267
(1) Unterschiede zwischen richtlinienkonformer Rechtsfindung und unmittelbarer horizontaler Richtlinienwirkung	267
(2) Zulässige Auswirkungen unmittelbarer Richtlinienwirkung auf Private	269
(3) Zusammenfassung: Unterscheidung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten nach der (Un-)Mittel- barkeit der Belastung	271

cc) Eigene Auffassung: Unzulässige Richtlinienwirkung gegenüber Privaten bei unmittelbarer Einwirkung der Richtlinie auf das Rechtsverhältnis und Verschlechterung der rechtlichen Situation	271
c) Verletzung der Verbindlichkeitsgrenze durch richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	274
aa) Unverbindlichkeit der Richtlinie gegenüber tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien	274
bb) Unzulässige Verbindlichkeit der Richtlinie gegenüber Tarifvertragsparteien	275
cc) Unverbindlichkeit der Richtlinie bei Tarifvertragsabschluss durch staatliche Tarifvertragspartei und richtlinienkonformer Rechtsfindung zugunsten der Arbeitnehmerseite	277
dd) Ergebnis: Überschreitung der Verbindlichkeitsgrenze durch richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	278
d) Ergebnis: Grundsätzliche Unzulässigkeit der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen aufgrund Überschreitung der Verbindlichkeitsgrenze	278
2. Teleologische Auslegung	279
a) Zweck des Rechtsetzungsinstruments Richtlinie und daraus folgende Anforderungen an die Umsetzung	279
b) Zweck der judikativen Umsetzungspflicht: Sicherungsfunktion der Judikative bei der Umsetzung durch den Mitgliedstaat	281
c) Ausfluss der Sicherungsfunktion: Staatliche Rechtsakte als Bezugsobjekt der judikativen Umsetzungspflicht	282
d) Keine Ausnahme bei heteronomer Tarifvertragsgeltung	283
e) Ergebnis: Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen widerspricht Zweck der judikativen Umsetzungspflicht	284
3. Systematische Auslegung – Berücksichtigung von Art. 28 Var. 1 GRCh	284
a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta, Art. 51 GRCh	286
b) Gewährleistungsgehalt von Art. 28 Var. 1 GRCh	288
aa) Persönlicher Schutzbereich	288
bb) Sachlicher Schutzbereich	290
(1) Schutzbereichsbestimmung nach nationalem Recht oder nach der Charta?	291
(a) „Inhaltsleere“ des Art. 28 GRCh – Schutzbereichsbestimmung allein nach nationalem Recht	291
(b) Eigenständiger sachlicher Schutzbereich mit Kopplung an nationale Vorschriften zur Durchführung kollektiver Verhandlungen	292
(c) Eigenständiger sachlicher Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh mit Ausgestaltungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten	293

(d) Bestimmung des Schutzbereichs anhand der Charta	295
(e) Ergebnis: Schutzbereichsbestimmung allein anhand der Charta	296
(2) Inhaltliche Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 28 Var. 1 GRCh für die Zwecke der Untersuchung	296
(3) Ergebnis: Schutz auch des Bestands und Inhalts von Kollektivverträgen	298
cc) Ergebnis: Keine Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Art. 28 Var. 1 GRCh durch angenommene Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	298
c) Ergebnis: Keine Bedeutung von Art. 28 Var. 1 GRCh für die Frage nach unionsrechtlicher Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	300
4. Ergebnis: Keine generelle Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen nach Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV . .	301
V. Ergebnis: Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	302
B. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen bei Tarifgeltungserstreckung durch die Exekutive	305
I. Gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge	306
1. Grundlegendes zur Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 TVG	306
a) Ablauf und Rollenverteilung bei der Allgemeinverbindlicherklärung	307
b) Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung	308
c) Keine Teil-Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags	309
d) Inhaltliche Maßgeblichkeit des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis der Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer	312
e) Inhalt der Allgemeinverbindlicherklärung und Regelungswille der Exekutive	312
f) Zusammenfassung	314
2. Literatur: Beachtlichkeit von Richtlinien für die Allgemeinverbindlicherklärung	314
3. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung allgemeinverbindlicher Tarifverträge	315
a) Keine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags	315
b) Keine automatische Beschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung auf die richtlinienkonformen Tarifnormen	316
c) Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung	316
aa) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung	317

bb) Keine praktischen Auswirkungen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung	318
4. Ergebnis: Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung nur der Allgemeinverbindlicherklärung, nicht des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags	321
II. Tarifvertragsgeltung kraft Rechtsverordnung (§§ 7, 7a AEntG)	322
1. Grundlegendes zur Tarifgeltungserstreckung durch Rechtsverordnungen gemäß §§ 7, 7a AEntG	323
a) Ablauf, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechtsverordnungserlasses gemäß §§ 7, 7a AEntG	323
b) Maßgeblichkeit der Rechtsverordnung im Arbeitsverhältnis der Außen-seiter oder anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer	324
c) Keine Geltung der Rechtsverordnung im bereits kraft Mitgliedschaft an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitsverhältnis	327
2. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Rechtsverordnungen gemäß §§ 7, 7a AEntG	328
a) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der Rechts-verordnungen	328
b) Praktische Auswirkungen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung	330
3. Ergebnis: Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung einer AEntG-Rechtsverordnung	332
III. Ergebnis: Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung bei exe-kutiver Tarifgeltungserstreckung abhängig vom Auslegungsgegenstand	333
C. Ergebnis: Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Ausle-gung und Fortbildung von Tarifverträgen, unionsrechtliche Pflicht zur richtlinien-konformen Auslegung und Fortbildung von Allgemeinverbindlicherklärungen und AEntG-Rechtsverordnungen	333
 Zusammenfassung der wesentlichen Prämissen und Ergebnisse	335
1. Teil: Grundlagen der Untersuchung	335
2. Teil: Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen	337
 Literaturverzeichnis	341
Sachverzeichnis	372

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CEEP	European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest
C. L. J.	Cambridge Law Journal
C. M. L. R.	Common Market Law Review
DB	DER BETRIEB
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaften
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJLS	European Journal of Legal Studies
E. L. Rev.	European Law Review
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ERCL	European Review of Contract Law
EuGH	Gerichtshof i. S. d. Art. 19 Abs. 1 EUV
EuGH-VerfO	Verfahrensordnung des Gerichtshofs
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GA'in	Generalanwältin
German L. J.	German Law Journal

GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
Hs.	Halbsatz
I. C. R.	Industrial Cases Reports
i. E.	im Ergebnis
ILO	International Labour Organisation
Ind.L. J.	Industrial Law Journal
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
LAG	Landesarbeitsgericht
L. Q. R.	Law Quarterly Review
Mod. L. Rev.	The Modern Law Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
Oxf J Leg Stud	Oxford Journal of Legal Studies
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SR	Soziales Recht
Stat. L. R.	Statute Law Review
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft
StuW	Steuer und Wirtschaft
UAbs.	Unterabsatz
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
VersR	Versicherungsrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Einleitung

Das Verständnis der Tarifaufonomie und damit verbunden die Sichtweise auf Tarifvertragsparteien hat sich in den letzten zwanzig Jahren in Deutschland gewandelt. Mittlerweile ist anerkannt, dass Tarifaufonomie kollektiv ausgeübte Privataufonomie ist.¹ Mit dem Abschied von der Delegationstheorie² sind Tarifvertragsparteien aus dem Schatten des Staates herausgerückt. Sie werden nunmehr als Privatrechtssubjekte angesehen, die ihre grundrechtlich gewährleistete, von ihren Mitgliedern abgeleitete Aufonomie ausüben und keine staatlich delegierte Macht. Eine Konsequenz des gewandelten Verständnisses ist, dass Tarifvertragsparteien nicht mehr als unmittelbar grundrechtsgebunden angesehen werden.³ Grundrechte binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG den Staat. Üben Tarifvertragsparteien keine staatlich delegierte Macht aus, entfällt der Grund, sie staatsgleich unmittelbar an die Grundrechte zu binden.⁴

Im Gegensatz zur in Deutschland herrschenden Vorstellung, die die Aufonomie der Tarifvertragsparteien und ihrer Mitglieder betont, rückt der EuGH Tarifvertragsparteien in Staatsnähe. Er spricht sich etwa dafür aus, „kollektive Regelungen unselbständiger Arbeit“, also auch Tarifverträge an der in Art. 45 AEUV gewährleisteten Arbeitnehmerfreizügigkeit zu messen.⁵ Die Arbeitnehmerfreizügigkeit sei gefährdet, wenn Vereinigungen, die dem öffentlichen Recht nicht unterlägen, Hindernisse kraft ihrer rechtlichen Aufonomie setzen könnten.⁶ Damit richtet der

¹ St. Rspr., siehe etwa BAG, Urteil v. 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, NZA 1998, 715, 716 = BAGE 88, 118 und BAG, Urteil v. 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 33 = BAGE 163, 144; BVerfG, Urteil v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. (Tarifeinheitsgesetz), BVerfGE 146, 71 Rn. 147 = NZA 2017, 915 („kollektivierte Privataufonomie“); siehe für das Schrifttum etwa Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 143 ff., Bayreuther, Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privataufonomie, S. 55 ff., Arnold, Betriebliche Tarifnormen, S. 238 ff., Höpfner, Tarifgeltung, S. 229 und ErfK/Linsenmaier, Art. 9 GG Rn. 55 ff.

² Etwa BAG, Urteil v. 15.1.1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, 686 f. = BAGE 1, 258; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 347; Säcker, Gruppenaufonomie, S. 265 ff.

³ BAG, Urteil v. 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401 = BAGE 111, 8; BAG, Urteil v. 27.6.2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 33 = BAGE 163, 144; ausführlich Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 25 ff., 261 ff. m. w. N.

⁴ Siehe aber Däubler, KJ 2014, 372, 382 und Däubler/ders., Einl. Rn. 147 ff., der die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien damit begründet, dass sie „soziale Gewalt“ ausüben.

⁵ EuGH, Urteil v. 12.12.1974 – Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, 1406 Rn. 16 = NJW 1975, 1093; EuGH, Urteil v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-5040 Rn. 82 ff. = NZA 1996, 191; EuGH, Urteil v. 10.3.2011 – C-379/09 (Casteels), Slg. 2011, I-1405 Rn. 19 f. = NZA 2011, 561.

⁶ EuGH, Urteil v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-5040 Rn. 82 f. = NZA 1996, 191; EuGH, Urteil v. 13.4.2000 – C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2714 Rn. 35 = NZA 2000, 645; EuGH, Urteil v. 17.7.2008 – C-94/07 (Ranccanelli), Slg. 2008, I-5939 Rn. 44 = NZA 2008, 995.

EuGH den Fokus darauf, wie Tarifvertragsparteien und Tarifverträge wirken. Aufgrund der Breitenwirkung von Tarifverträgen sollen Tarifvertragsparteien die Grundfreiheiten in einer dem Staat vergleichbaren Weise bedrohen können.

Die Vorstellungen darüber, was Tarifvertragsparteien ausmacht und welchen Regelungen sie in der Folge unterliegen, gehen auf Ebene des deutschen und des europäischen Rechts also auseinander. Während auf deutscher Ebene die Legitimationsquelle des Handelns von Tarifvertragsparteien im Fokus steht, fokussiert der EuGH die Wirkung ihres Handelns. Nun sind die deutsche und die europäische Ebene des Rechts keine miteinander unverbundenen Ebenen des Rechts, sondern sie sind in den Worten des BVerfG „in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschränkt und wechselseitigen Einwirkungen geöffnet“.⁷ Welche Folgen hat daher die unterschiedliche Sichtweise auf Tarifvertragsparteien und Tarifverträge bei gleichzeitiger Verschränkung der Rechtsordnungen? Für die Bindung an das Primärrecht in Form der Grundfreiheiten hat sich die Sichtweise des EuGH auf das Tarifgeschehen durchgesetzt. Offen ist hingegen, in welchem Verhältnis Tarifvertragsparteien und Tarifverträge zum Sekundärrecht in Form von Richtlinien stehen. Sind Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden? Sind Tarifverträge an Richtlinien zu messen?

Mit der Rechtsetzungsform Richtlinie eng verbunden ist das Instrument der richtlinienkonformen Rechtsfindung. Dieses ist für Gesetze anerkannt. Ungelöst ist dagegen die Frage, ob *Tarifverträge* richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind.⁸ Stellungnahmen des EuGH und des BAG dazu fehlen.⁹ Allerdings haben sich die Generalanwälte Colomer und Szpunar dafür ausgesprochen, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen.¹⁰ Im deutschen Schrifttum haben die Schlussanträge von Generalanwalt Colomer ein kritisches Echo nach sich gezogen. Dieses Echo ist jedoch mittlerweile bis auf kurze Hinweise in Kommentierungen verklungen. Auch monographisch ist die Frage bislang nicht umfassend aufgearbeitet.¹¹

⁷ BVerfG, Beschluss v. 25. 7. 1979 – 2 BvL 6/77, BVerfGE 52, 187, 200 = NJW 1980, 519; BVerfG, Beschluss v. 22. 10. 1986 – 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, 368 = NJW 1987, 577.

⁸ HMB/Engels, Teil 1 Rn. 53. In Aufsätzen, Anmerkungen und Kommentierungen setzen sich einige Autoren mit der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung auseinander, siehe dazu den Überblick unter 2. Teil I. Kapitel C. (S. 136 ff.).

⁹ BAG, Urteil v. 15. 12. 2015 – 9 AZR 611/14, NZA 2016, 772 Rn. 32 bezeichnet es als „umstrittene Frage, ob und in welchem Umfang eine richtlinien- oder unionsrechtskonforme Auslegung eines Tarifvertrags überhaupt vorgenommen werden darf“; vgl. dagegen zuvor Höpfner, RdA 2013, 65, 72.

¹⁰ GA Colomer, Schlussanträge v. 6. 5. 2003 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8839 Rn. 59 = BeckEuRS 2003, 389800; GA Colomer, Schlussanträge v. 27. 4. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8859 Rn. 48 = BeckEuRS 2004, 389801; GA Szpunar, Schlussanträge v. 20. 11. 2014 – C-533/13 (AKT), BeckEuRS 2014, 406256 Rn. 132.

¹¹ Die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung ist ein Untersuchungsgegenstand von mehreren in der Dissertation von Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag.

Wenn man wie der EuGH Tarifvertragsparteien in Staatsnähe rückt und auf die Wirkung von Tarifverträgen abstellt, liegt es nahe, Tarifverträge gleichermaßen wie Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Schwerer fällt die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen hingegen, wenn man die deutsche Sichtweise auf Tarifverträge zugrunde legt. Schließlich sind Tarifverträge privatrechtliche Verträge, die von Tarifvertragsparteien vereinbart werden. Das Handeln der Tarifvertragsparteien wird nicht vom Staat als Richtlinienadressat, sondern von den Mitgliedern legitimiert.

Im Übrigen bringt die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung bei Gesetzen stets einen Kompetenzkonflikt der Staatsgewalten mit sich. Je nachdem wo die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfindung gezogen werden, wird die Machtbalance zwischen Judikative und Legislative verschoben. Je weitreichender man der Judikative die Kompetenz zuspricht, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, desto mehr beschneidet man die Rechtsetzungsmacht der Legislative. Je niedriger die Hürden angesetzt werden, damit nationale Gerichte die Entscheidungen des EuGH im Wege richtlinienkonformer Rechtsfindung umsetzen können, desto mehr verlagert sich Rechtsetzungsmacht von der nationalen Legislative hin auf die europäische Ebene zum EuGH.

Auch der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen wohnt ein Kompetenzkonflikt inne. Dieser findet jedoch nicht zwischen den Staatsgewalten, sondern zwischen den Gerichten und den Tarifvertragsparteien statt. Es geht also nicht darum, die Sphären unterschiedlicher Staatsgewalten voneinander abzugrenzen. Abzugrenzen ist vielmehr die Sphäre staatlicher Macht von der Sphäre, in der private Akteure ihre grundrechtlich gewährleistete Autonomie entfalten. Wie weit reicht die Autonomie der Tarifvertragsparteien in Zeiten starker Europäisierung des nationalen Arbeitsrechts durch Richtlinien? Müssen Tarifvertragsparteien Einschränkungen ihrer Autonomie hinnehmen, da nationale Gerichte die Auslegung von Tarifverträgen an Richtlinien und den Vorgaben des EuGH ausrichten müssen?

A. Beispielsfall

Dass sich die deutsche Rechtsprechung bislang kaum mit der Frage der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen beschäftigt hat, überrascht nicht. Vielfach sind Probleme mit richtlinienwidrigen tariflichen Regelungen im Wege der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung oder richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in den Griff zu bekommen, da Tarifverträge ihrerseits gesetzeskonform auszulegen sind.¹² Als Grund für die gesetzeskonforme Auslegung wird genannt, dass Tarifvertragsparteien im Zweifel wirksame Rege-

¹² St. Rspr. BAG, Urteil v. 21.3.2018 – 5 AZR 862/16, AP Nr. 47 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie Rn.30 = BAGE 162, 144; JKOS/Krause, § 4 Rn. 186; Kempen/Za-

lungen vereinbaren wollten.¹³ Wird das Gesetz richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet, führt die gesetzeskonforme Auslegung des Tarifvertrags zur Richtlinienkonformität des Tarifvertrags. Das Gesetz dient also als „Scharnier“ zwischen den unionsrechtlichen Wertungen und dem Tarifvertrag. Doch die Frage der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen ist nicht bloß theoretischer Natur. Es kommt zum Schwur, wenn ein Tarifvertrag eine potentiell richtlinienwidrige Regelung enthält und das nationale Gesetzesrecht weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden kann: Ist das nationale Gericht in dieser Situation trotz unzureichender Richtlinienumsetzung durch den Gesetzgeber verpflichtet, den Tarifvertrag richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden?

Verdeutlicht werden soll diese abstrakte Fragestellung an einem Beispielsfall. Im Verlauf der Untersuchung wird dieser Beispielsfall dazu dienen, die praktischen Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse zu illustrieren.

Arbeitnehmerin A erhält ein monatliches Gehalt von 2.000 €. Sie streitet sich mit ihrem Arbeitgeber, dem privaten Bauunternehmen U, über die Höhe des Urlaubsentgelts für einen zehntätigen Urlaub ab dem 1. 10. 2018. Auslöser des Streits über die Höhe des Urlaubsentgelts ist, dass bei U für die Monate August und September 2018 ordnungsgemäß „Kurzarbeit null“ angeordnet wurde. Daher war A in diesen beiden Monaten nicht zur Arbeit verpflichtet. Nach dem Bundesurlaubsgesetz bleiben zwar Verdienstkürzungen für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht, die im Berechnungszeitraum infolge von Kurzarbeit eintreten, § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG. Jedoch richtet sich die Höhe des Urlaubsentgelts im Arbeitsverhältnis zwischen A und U nicht nach § 11 Abs. 1 BUrlG, sondern nach dem Beispielstarifvertrag (TV)¹⁴, der gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG unmittelbar und zwingend gilt. Der TV sieht vor, dass das Urlaubsentgelt auf Grundlage des „Bruttolohns der letzten sechs Monate“ zu berechnen ist. Damit weicht er von der Berechnungsweise des § 11 Abs. 1 BUrlG ab, die gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BUrlG tarifdispositiv ist.

Nach dem TV steht A für ihren zehntätigen Urlaub im Oktober 2018 lediglich ein Urlaubsentgelt i. H. v. 768 € zu.¹⁵ Die zweimonatige Kurzarbeitsphase wirkt sich

chert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grndl. Rn. 528; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 620; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1720.

¹³ BAG, Urteil v. 21. 2. 2013 – 6 AZR 524/11, NZA 2013, 625 Rn. 19 = BAGE 144, 263; JKOS/Krause, § 4 Rn. 186; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 620.

¹⁴ Siehe den Auszug aus dem Beispielstarifvertrag am Ende dieses Abschnitts.

¹⁵ Die Urlaubsvergütung gemäß § 8 Nr. 4.1 TV beträgt $2.000 \text{ €} \times 4 \text{ Monate} \times 24\% = 1.920 \text{ €}$. Entsprechend der neuen Berechnungsformel des BAG stehen A im Jahr 2018 30 Urlaubstage \times $\frac{260 \text{ Arbeitstage} - 43 \text{ ausgefallene Arbeitstage}}{260 \text{ Arbeitstage im Jahr}} \approx 25,04$ Urlaubstage zu, vgl. BAG, Urteil v. 19. 3. 2019 – 9 AZR 406/17, NZA 2019, 1435 Rn. 29 ff. Für einen Regelungswillen der Tarifvertragsparteien, von der Berechnungsweise der Urlaubsdauer des BUrlG abzuweichen, fehlen die notwendigen deutlichen Anhaltspunkte, vgl. BAG, Urteil v. 19. 3. 2019 – 9 AZR 406/17, NZA 2019, 1435 Rn. 39. Da A nur zehn seiner 30 Urlaubstage nimmt, beträgt die Urlaubsvergütung gemäß § 8 Nr. 4.2 TV $1.920 \text{ €} \times \frac{10}{25} \text{ Urlaubstage} = 768 \text{ €}$.

dabei zu ihren Lasten aus, da sie während der Kurzarbeitszeit kein Gehalt, sondern lediglich das staatliche Kurzarbeitergeld bezieht. Dieses ist nicht zum „Bruttolohn“ i. S. d. TV hinzuzurechnen. Ohne vorherige Kurzarbeit würde sie gemäß dem TV hingegen 960 € erhalten.¹⁶

Seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Hein aus dem Dezember des Jahres 2018 steht fest, dass die Art und Weise, wie der TV das Urlaubsentgelt berechnet, richtlinienwidrig ist.¹⁷ Der EuGH entschied, dass die Urlaubsvergütung für die Dauer des Mindestjahresurlaubs gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG nicht geringer ausfallen darf als der Durchschnitt des gewöhnlichen Arbeitsentgelts, das die Arbeitnehmer in Zeiträumen tatsächlicher Arbeitsleistung erhalten.¹⁸ Diesem Anspruch wird das gemäß dem TV berechnete Urlaubsentgelt im Falle vorheriger Kurzarbeit nicht gerecht, denn in Zeiträumen tatsächlicher Arbeitsleistung hätte A eine Vergütung i. H. v. 869,57 € erhalten.¹⁹ Die Berechnung des Urlaubsentgelts nach dem TV ist also teilweise richtlinienwidrig.

In seinem Urteil gibt der EuGH dem vorlegenden ArbG Verden auf, § 13 Abs. 1 und 2 BUrlG richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden, um das richtlinienwidrige Ergebnis zu vermeiden.²⁰ Eine solche richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung kommt grundsätzlich auch im Beispielsfall in Betracht. Jedoch entschied das BAG im Jahr 2009, dass die Tariföffnungsklauseln des BUrlG weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden könnten.²¹ Vielmehr ermöglichten sie es, § 11 Abs. 1 S. 3 BUrlG abzubedingen und das Grundniveau des § 1 BUrlG zu unterschreiten. Ist der Weg zu einer richtlinienkonformen Berechnung des Urlaubsentgelts von A also versperrt? Erhält A lediglich richtlinienwidrige 768 € Urlaubsentgelt?

Neben einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung des BUrlG ist auch ein anderer Lösungsweg denkbar: die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des TV. Müssen Verdienstaufschläge aufgrund von Kurzarbeit nach einer richtlinienkonformen Auslegung oder Fortbildung des TV möglicherweise für die Berechnung des Urlaubsentgelts außer Betracht bleiben?

¹⁶ Ohne vorherige Kurzarbeit würde die Urlaubsvergütung gemäß § 8 Nr. 4.1 TV $2.000 \text{ €} \times 6 \text{ Monate} \times 24 \% = 2.880 \text{ €}$ betragen. Für die zehn Urlaubstage würde die Urlaubsvergütung gemäß § 8 Nr. 4.2 TV $\frac{2.880 \times 10 \text{ Tage}}{30 \text{ Tage}} = 960 \text{ €}$ betragen.

¹⁷ BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 14 = BAGE 132, 247 ließ die Richtlinienkonformität von § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BUrlG bereits offen und richtete kein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, da es eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung von § 13 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BUrlG für unmöglich hielt.

¹⁸ EuGH, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 32 ff.

¹⁹ Im Zeitraum zwischen dem 1. und 15. Oktober 2018 hätte A $2.000 \text{ €} \times \frac{10 \text{ Arbeitstage}}{23 \text{ Arbeitstage}} \approx 869,57 \text{ €}$ erhalten.

²⁰ EuGH, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 53.

²¹ BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 24 ff. = BAGE 132, 247; zustimmend Höpfner, Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG, unter III.; ders., RdA 2013, 16, 23; ErfK/Gallner (19. Aufl. 2019), § 13 BUrlG Rn. 26; Schmitt, GPR 2019, 249, 252; a. A. Rudkowski, SAE 2011, 1, 3 f. unter Hinweis auf die zeitlich vorangegangene Rechtsprechung des BAG.

Damit ist die Forschungsfrage aufgeworfen: Sind Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden? Gemeint ist eine *Pflicht* zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung.

Auszug aus dem Beispielstarifvertrag²²

§ 3 Arbeitszeit

1. Durchschnittliche Wochenarbeitszeit

Die durchschnittliche regelmäßige Wochenarbeitszeit im Kalenderjahr beträgt 40 Stunden.

2. Tarifliche Arbeitszeit

Die regelmäßige Arbeitszeit ausschließlich der Ruhepausen beträgt montags bis freitags 8 Stunden.

§ 8 Urlaub²³

1. Urlaubsanspruch und Urlaubsdauer

1.1 Der Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr (Urlaubsjahr) Anspruch auf 30 Arbeitstage bezahlten Erholungsurlaub.

4. Urlaubsvergütung

4.1 Der Arbeitnehmer erhält für den Urlaub gemäß Nr. 1 eine Urlaubsvergütung. Die Urlaubsvergütung beträgt 24 v. H. des Bruttolohns der letzten sechs Monaten vor Urlaubsantritt.

4.2 Die Urlaubsvergütung für teilweise geltend gemachten Urlaub wird berechnet, indem die gemäß Nr. 4.1 errechnete Urlaubsvergütung durch die Summe der ermittelten Urlaubstage geteilt und mit der Zahl der beanspruchten Urlaubstage vervielfacht wird.

5. Mindesturlaubsvergütung

5.1 Für jede Ausfallstunde in dem Zeitraum vom 1. Dezember bis 31. März, für die der Arbeitnehmer Saison-Kurzarbeitergeld bezieht, erhöht sich die nach Nr. 4.1 errechnete Urlaubsvergütung nach Ablauf dieses Zeitraumes um 24 % des zuletzt gemeldeten Bruttolohnes. Dabei bleiben die ersten 90 Ausfallstunden mit Bezug von Saison-Kurzarbeitergeld unberücksichtigt.

5.2 Für jede Ausfallstunde wegen unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit, für die kein Lohnanspruch bestand, erhöht sich die nach Nr. 4.1 errechnete Urlaubsvergütung um 24 % des zuletzt gemeldeten Bruttolohnes.

²² Als Vorlage für den TV dient der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV). Einige Regelungen des BRTV sind jedoch abgeändert, andere werden ausgeblendet. Das dient einerseits dazu, den Sachverhalt zu vereinfachen, andererseits dazu, die Fragestellung der richtlinienkonformen Rechtsfindung bei Tarifverträgen klarer herausarbeiten zu können. Der TV und der BRTV sind also inhaltlich nicht deckungsgleich.

²³ Es wird unterstellt, dass die Urlaubsregelung im TV von § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BUrlG gedeckt ist, vgl. BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 45 = BAGE 132, 247; siehe aber auch BAG, Urteil v. 15. 1. 2013 – 9 AZR 465/11, NZA-RR 2013, 585 Rn. 23.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in einen allgemeinen ersten und einen besonderen zweiten Teil. Da sie zahlreiche Grundlagenfragen berührt, werden im ersten Teil die Grundlagen der Untersuchung erarbeitet. Im zweiten Teil wird auf den Grundlagen aufbauend untersucht, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind.

Zunächst wird im ersten Teil dargestellt, wie Richtlinien wirken (1. Kapitel). Im Anschluss wird darauf eingegangen, wie die Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen grundsätzlich außerhalb des Richtlinienkontextes funktioniert (2. Kapitel). Da das Material zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen überschaubar, das Material zur richtlinienkonformen Gesetzesauslegung und -fortbildung dagegen umfangreich ist, wird anschließend ein Überblick über den Stand der Forschung zu letzterer gegeben (3. Kapitel). Schließlich wird im letzten Kapitel des ersten Teils darauf eingegangen, welchen Maßstäben die Rechtsfindung im europäischen Primärrecht folgt (4. Kapitel), da in der Folge die Reichweite der primärrechtlichen Verpflichtung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung untersucht wird.

Zu Beginn des zweiten Teils wird zunächst das Meinungsbild zur Frage dargestellt, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind (1. Kapitel). Aus diesem Meinungsbild werden mehrere Ansatzpunkte deutlich, die diskutiert werden, um eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung entweder zu befürworten oder abzulehnen. Diese Ansatzpunkte werden in der Folge näher untersucht. Vielfach setzt die Diskussion an der Aussage an, Tarifvertragsparteien seien richtliniengebunden oder nicht an Richtlinien gebunden. Im 2. Kapitel wird daher untersucht, ob Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind. In dem sich anschließenden 3. und 4. Kapitel geht es schließlich um die Kernfrage, ob eine nationale bzw. eine unionsrechtliche Pflicht besteht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Prämissen und Ergebnisse.

1. Teil

Grundlagen der Untersuchung

Im ersten Teil der Untersuchung werden die Grundlagen erarbeitet, um im sich anschließenden zweiten Teil die Frage beantworten zu können, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Dabei gibt die Forschungsfrage bereits Bereiche vor, die nachfolgend beleuchtet werden: Was sind Richtlinien und wie wirken sie (1. Kapitel)? Was ist unter richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung zu verstehen und wie funktionieren sie (2. Kapitel)? Dazu wird auf das umfangreiche Material zur richtlinienkonformen Gesetzesauslegung und -fortbildung zurückgegriffen. Zudem werden die Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung (3. Kapitel) sowie die der Auslegung und Fortbildung des europäischen Primärrechts erarbeitet (4. Kapitel).

Viele der im ersten Teil beleuchteten Fragen sind Grundlagenfragen, die bereits für sich genommen Monographien füllen. Es ist im Rahmen der Untersuchung, in deren Mittelpunkt die Frage steht, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, nicht möglich, sich mit jeder dieser Fragen umfassend auseinanderzusetzen. Daher sind dem ersten Teil zwei Einschränkungen vorwegzuschicken. Es werden zum einen lediglich die Aspekte der Grundlagenfragen beleuchtet, die für die weitere Untersuchung bedeutsam sind. Zum anderen kann nicht jedes Ergebnis eigenständig erarbeitet und umfassend begründet werden. Es werden daher auf den bisherigen Erkenntnissen von Rechtsprechung und Wissenschaft aufbauend Prämissen gebildet, die dem zweiten Teil der Untersuchung zugrunde liegen.

1. Kapitel

Richtlinien als Form der Rechtsetzung der EU

Nach einer im Jahr 2002 veröffentlichten Studie sind lediglich 9 % der Rechtsakte der EU Richtlinien.¹ Im Arbeitsrecht hingegen sind Richtlinien von herausragender Bedeutung. Das europäische Arbeitsrecht besteht im Bereich des Sekundärrechts fast ausschließlich aus Richtlinien.² Beispielhaft genannt seien die Richtlinien zu den Themen Betriebsübergang (RL 2001/23/EG), Arbeitszeit und

¹ Bogdandy/Bast/Arndt, ZaöRV 2002, 77, 92 f. (Stand der Studie: 1. 12. 1997; Kontrollerhebung; Stand 1. 1. 2001).

² Preis/Sagan/Sagan, Rn. 1.113; vgl. EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 16.

Urlaub (RL 2003/88/EG), Gleichbehandlung (RL 2000/78/EG), Arbeitsvertragsbefristung (RL 1999/70/EG) sowie Massenentlassung (RL 1998/59/EG), deren Bestimmungen in den letzten Jahren vielfach Gegenstand von Vorabentscheidungsverfahren waren.

Warum der Unionsgesetzgeber sich dafür entscheidet, seine Regelungsanliegen im Arbeitsrecht durch Richtlinien und nicht durch Verordnungen umzusetzen, lässt sich vermuten: Das Arbeitsrecht ist in den Mitgliedstaaten eine sehr sensible Materie. Über Jahrzehnte haben die Mitgliedstaaten die Belange zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ausbalanciert. In Deutschland etwa besteht ein ausdifferenziertes Regelungssystem, das sowohl aus Gesetzesrecht als auch aus Richterrecht besteht und zusätzlich auf von den Sozialpartnern gesetzten Normen beruht. Indem der Unionsgesetzgeber auf Richtlinien zurückgreift, vermeidet er es, stärker in die mitgliedstaatlichen Regelungssysteme und damit das Sozialgefüge einzugreifen als für die Verwirklichung des Regelungsanliegens notwendig. Er überlässt es den Mitgliedstaaten, in welcher Form und mit welchen Mitteln sie das Regelungsanliegen umsetzen.³

A. Umsetzungspflicht

Richtlinien sind ein zweistufiges Rechtsetzungsinstrument.⁴ Der EuGH bezeichnet Richtlinien auch als „Mittel der indirekten Rechsetzung“.⁵ Zweck von Richtlinien ist es, das Recht in den Mitgliedstaaten aneinander anzugleichen.⁶

Art. 288 Abs. 3 AEUV regelt, was unter einer Richtlinie zu verstehen ist:

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

Richtlinien sind also „staatsgerichtet“. Regelungsadressat sind die Mitgliedstaaten, nicht die Bürger der Mitgliedstaaten.⁷ Nachdem der Unionsgesetzgeber eine Richtlinie erlassen hat, ist es an den Mitgliedstaaten, diese umzusetzen. Grundsätzlich sind die Richtlinieninhalte daher erst nach der Umsetzung unmittelbar in den Mitgliedstaaten wirkendes Recht.⁸

³ Vgl. allgemein und ausführlich dazu Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV Rn. 71 ff.

⁴ Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 23; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Biervert, Art. 288 AEUV Rn. 23.

⁵ EuGH, Urteil v. 29. 6. 1993 – C-298/89 (Gibraltar/Rat der EG), Slg. 1993, I-3648 Rn. 16 = BeckEuRS 1993, 197724.

⁶ Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 23; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Biervert, Art. 288 AEUV Rn. 23.

⁷ Siehe dazu ausführlicher unter 2. Teil 4. Kapitel A.IV. 1.a) und b) (S. 253 ff.).

⁸ Zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien als Ausnahme zu dem Grundsatz unter S. 12 ff.

Die Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV erfasst nicht nur den jeweiligen nationalen Gesetzgeber. Alle Staatsgewalten und Untergliederungen eines Mitgliedstaates inklusive privatrechtlich organisierter öffentlicher Unternehmen sind verpflichtet, die Umsetzungspflicht zu erfüllen.⁹ Die Mitgliedstaaten können jedoch frei wählen, wie sie das von der Richtlinie vorgegebene Ziel erreichen. „Ziel“ ist dabei im Sinne eines von der Richtlinie vorgegebenen Ergebnisses zu verstehen.¹⁰ Die Umsetzung muss aber hinreichend bestimmt und klar¹¹ sowie verbindlich¹² sein.

B. Frustrationsverbot

Im Umsetzungszeitraum besteht für die Mitgliedstaaten ein sogenanntes Frustrationsverbot. Sie dürfen während dieses Zeitraums keine Maßnahmen treffen, die geeignet sind, das Richtlinienziel ernstlich in Frage zu stellen.¹³ Diese Vorwirkung von Richtlinien leitet der EuGH aus Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 288 Abs. 3 AEUV und der jeweiligen Richtlinie her.¹⁴ Trotz der Pflicht ist es den Mitgliedstaaten indes nicht verwehrt, im Umsetzungszeitraum richtlinienwidrige Maßnahmen zu erlassen.¹⁵ Entscheidender Bezugspunkt ist der Zeitpunkt, in dem die Umsetzungsfrist abläuft: Geht von der richtlinienwidrigen Entscheidung nicht die Gefahr aus, dass bei Ablauf der Umsetzungsfrist ein richtlinienwidriger Zustand herrscht, können die Mitgliedstaaten im Umsetzungszeitraum auch richtlinienwidrige Maßnahmen treffen. Das Frustrationsverbot führt daher nicht zu einer

⁹ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 19.4.2016 – C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 30; Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 58; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Geismann*, Art. 288 AEUV Rn. 45.

¹⁰ *Ipsen*, in: FS Ophüls, S. 67, 73 ff.; Calliess/Ruffert/*Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 23; Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 61; siehe auch *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 108 = NJW 2006, 2465, das statt des Wortes „Ziel“ das Wort „Ergebnis“ verwendet.

¹¹ *EuGH*, Urteil v. 30. 5. 1991 – C-361/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-2596 Rn. 24 = NVwZ 1991, 866; *EuGH*, Urteil v. 15. 6. 1995 – C-220/94 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1995, I-1603 Rn. 10 = BeckRS 2004, 75190; *EuGH*, Urteil v. 9. 9. 1999 – C-217/97 (Kommission/Deutschland), Slg. 1999, I-5105 Rn. 32 = NVwZ 1999, 1209; Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 76.

¹² *EuGH*, Urteil v. 30. 5. 1991 – C-361/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-2596 Rn. 30 = NVwZ 1991, 866; Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 76.

¹³ *EuGH*, Urteil v. 18. 2. 1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7435 Rn. 45 = EuZW 1998, 167; *EuGH*, Urteil v. 8. 5. 2003 – C-14/02 (ATRAL), Slg. 2003, I-4456 Rn. 58 = BeckRS 2004, 74377; *EuGH*, Urteil v. 22. 11. 2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-10013 Rn. 67 = NZA 2005, 1345; *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 121 = NJW 2006, 2465; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Geismann*, Art. 288 AEUV Rn. 43; Calliess/Ruffert/*Calliess/Kahl/Puttler*, Art. 4 EUV Rn. 102.

¹⁴ *EuGH*, Urteil v. 18. 2. 1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7435 Rn. 45 = EuZW 1998, 167.

¹⁵ *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 61; vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Geismann*, Art. 288 AEUV Rn. 43.

Pflicht der Gerichte¹⁶, im Umsetzungszeitraum nur richtlinienkonforme Entscheidungen zutreffen oder Gesetze im Umsetzungszeitraum stets richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.¹⁷

C. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Die ständige Rechtsprechung des EuGH macht von dem Grundsatz, dass Richtlinien nur indirekt wirken, unter bestimmten Umständen eine Ausnahme. Liegen die nachfolgend genannten Voraussetzungen vor, entfaltet eine Richtlinienbestimmung ausnahmsweise unmittelbare Wirkung.

I. Voraussetzungen der unmittelbaren vertikalen Wirkung von Richtlinien

Erstmals entscheidet der EuGH im Jahr 1974 in der Rechtssache von Duyn, dass Richtlinien im Verhältnis Bürger zu Staat unmittelbar wirken können.¹⁸ Das bezeichnet man als unmittelbare *vertikale* Wirkung von Richtlinien. Damit eine Richtlinienbestimmung unmittelbare vertikale Wirkung hat, muss der Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt haben.¹⁹ Ist hingegen eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung des nationalen Rechts möglich, hat der Mitgliedstaat seine Umsetzungspflicht nicht verletzt, die Richtlinie also ordnungsgemäß umgesetzt. Die unmittelbare Richtlinienwirkung kommt daher erst dann in Betracht, wenn sich das nationale Recht nicht richtlinienkonform auslegen oder fortbilden lässt.²⁰ Damit eine Richtlinienbestimmung

¹⁶ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 122 = NJW 2006, 2465, wonach sich das Frustrationsverbot auch an die nationalen Gerichte als Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten richtet.

¹⁷ *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 61; vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Geismann*, Art. 288 AEUV Rn. 43; vgl. *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 123 = NJW 2006, 2465, wonach es die nationalen Gerichte nur so weit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht in einer Weise auszulegen, die die Erreichung des Richtlinienziels bei Ablauf der Umsetzungsfrist ernstlich gefährdet.

¹⁸ *EuGH*, Beschluss v. 4. 12. 1974 – Rs. 41/74 (van Duyn), Slg. 1974, 1338 = BeckRS 2004, 71134.

¹⁹ Zu dieser Voraussetzung und den nachfolgenden Voraussetzungen *EuGH*, Urteil v. 5. 4. 1979 – Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, 1631, 1642 = NJW 1979, 1764; *EuGH*, Urteil v. 19. 1. 1982 – Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 55 Rn. 20 ff. = NJW 1982, 499; *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 46 = NJW 1986, 2178; *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 33; ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 46 ff.; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 92.

²⁰ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 32; *Everling*, in: FS Carstens I, S. 95, 107; *Bach*, JZ 1990, 1108, 1113; *GHN/Nettesheim*, Art. 288 AEUV Rn. 143.

unmittelbar wirkt, muss zudem die Frist zur Richtlinienumsetzung verstrichen sein. Die Richtlinienbestimmung muss ferner inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sein. Sie muss also den Mitgliedstaaten unmissverständlich eine Verpflichtung auferlegen, die weder unter einem Vorbehalt steht noch an eine Bedingung geknüpft ist noch weiterer Maßnahmen der Unionsorgane oder Mitgliedstaaten bedarf.²¹ Ein gewisser Umsetzungsspielraum beeinträchtigt jedoch die Genauigkeit und Unbedingtheit der Verpflichtung nicht, soweit keine Abweichungen von der Richtlinienbestimmung zulässig sind, ein Mindestschutz sich also bestimmen lässt.²² Entscheidende und letzte Voraussetzung ist, dass das Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat betroffen ist. Der Bürger kann sich gegenüber dem Staat unter den vorgenannten Voraussetzungen auf eine Richtlinienbestimmung berufen, nicht aber der Staat gegenüber dem Bürger.²³ Den Begriff des Staates versteht der EuGH in einem funktionalen Sinn weit.²⁴

II. Begründung des EuGH für die unmittelbare vertikale Wirkung von Richtlinien

Der EuGH begründet die unmittelbare Richtlinienwirkung in der Rechtssache von Duyn mit dem *effet utile*, der heute in Art. 4 Abs. 3 EUV verankert ist.²⁵ Die nützliche Wirkung einer Richtlinie werde abgeschwächt, wenn sich die Einzelnen vor Gericht nicht auf sie berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten.

Seit der Rechtssache Ratti argumentiert der EuGH zweigleisig. Neben die auf den *effet utile* gestützte Argumentation tritt der Begründungsstrang des treuwidrigen Verhaltens. Ein Mitgliedstaat, der die in der Richtlinie vorgeschriebene Durchführungsmaßnahme nicht fristgemäß erlassen habe, könne dem Einzelnen nicht entgegenhalten, dass der Mitgliedstaat die aus der Richtlinie erwachsene Verpflichtungen nicht erfüllt habe.²⁶ Im deutschen Recht ist eine solche Konstellation als Verbot des *venire contra factum proprium*, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens bekannt.²⁷ Mittlerweile führt der EuGH in seinen Urteilen keine der Be-

²¹ *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 34.

²² *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 35; vgl. *EuGH*, Urteil v. 15. 1. 2014 – C-176/12 (Association de médiation sociale), NZA 2014, 193 Rn. 33.

²³ Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 57; vgl. zur Grenze der Richtlinienwirkung gegenüber Privaten S. 226 ff.

²⁴ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 12. 7. 1990 – C-188/89 (Foster), Slg. 1990, I-3343 Rn. 17 ff. = NJW 1991, 3086; näher zum Staatsbegriff des EuGH siehe 2. Teil 2. Kapitel C. II. (S. 174 ff.).

²⁵ *EuGH*, Beschluss v. 4. 12. 1974 – Rs. 41/74 (van Duyn), Slg. 1974, 1338 Rn. 12 = BeckRS 2004, 71134; die Begründung entnahm der *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1970 – Rs. 9/70 (Franz Grad), Slg. 1970, 826 Rn. 5 = EuR 1971, 31, das eine Entscheidung des Rates betraf.

²⁶ *EuGH*, Urteil v. 5. 4. 1979 – Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, 1631, 1642 = NJW 1979, 1764; *EuGH*, Urteil v. 14. 7. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 23 = NJW 1994, 2473 bezeichnet das als „nicht hinnehmbar“.

²⁷ EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 28.

gründungen für die unmittelbare Richtlinienwirkung mehr an. Er verweist nur auf frühere Urteile und darauf, dass es sich um eine ständige Rechtsprechung handle.²⁸

III. Rezeption der EuGH-Rechtsprechung in der deutschen Rechtsprechung und Wissenschaft – Rechtsfortbildung durch den EuGH

In der deutschen Rechtsprechung ist die unmittelbare Wirkung von Richtlinien spätestens seit einer Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1988 anerkannt.²⁹ Auch die Literatur stimmt der Rechtsprechung des EuGH zu.³⁰ Sowohl Rechtsprechung und Literatur gehen zutreffenderweise davon aus, dass die unmittelbare Richtlinienwirkung eine Rechtsfortbildung ist.³¹ Vom Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV ist es nicht mehr gedeckt, Richtlinien unter besonderen Umständen unmittelbare Wirkung zukommen zu lassen. Das verdeutlicht der EuGH nicht,³² was jedoch nicht überrascht, da er per se nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet, wie es in der deutschen Methodenlehre üblich ist.³³

Mit der Anerkennung der unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung überschreitet der EuGH nicht die Grenzen, die ihm Art. 5 Abs. 2, 48 EUV für seine rechtsfortbildende Tätigkeit ziehen.³⁴ Die EU erhält durch die Rechtsfortbildung

²⁸ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 103 = NZA 2004, 1145; *EuGH*, Urteil v. 24.1.2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 33; die ursprüngliche Begründung der Rechtsprechung durch den EuGH enthält nach *Börner*, in: FS Kegel, S. 57, 60 ff. gleich mehrere Zirkelschlüsse.

²⁹ *BVerfG*, Beschluss v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85 (Kloppenburger), BVerfGE 75, 223, 234 ff. = NJW 1988, 1459; vgl. dagegen vor dem Beschluss des BVerfG: *BFH*, Urteil v. 25.4.1985 – V R 123/84 (Kloppenburger), NJW 1985, 2103 f., der sich weigerte, dem EuGH in seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zu folgen; nach Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 49 ist die unmittelbare Richtlinienwirkung im Grundsatz in der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung unstrittig.

³⁰ Vgl. *Bach*, JZ 1990, 1108, 1114 ff.; *Jarass*, NJW 1990, 2420; *Neßler*, RIW 1993, 206, 209 ff.; *Scherzberg*, JURA 1993, 225, 227; *Schwarze/Becker/Hatje/School/Biervert*, Art. 288 AEUV Rn. 29; *Calliess/Ruffert/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 50 m. w. N. in Fn. 166; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 46 ff.; *GHN/Nettesheim*, Art. 288 AEUV Rn. 137; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 87.

³¹ Zur Fortbildung des Primärrechts *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 56 ff., *Everling*, JZ 2000, 217 und *Preis/Sagan/Sagan*, Rn. 1.103; näher zu den Voraussetzungen der Rechtsfortbildung, wenn auch zum Sekundärrecht, *Riesenhuber/Neuner*, § 12.

³² Vgl. dagegen zur möglichen *horizontalen* unmittelbaren Richtlinienwirkung *GA Lenz*, Schlussanträge v. 9.2.1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 57 = BeckEuRS 1994, 203820, der eine solche als „Rechtsfortbildung“ bezeichnet.

³³ *Riesenhuber/Neuner*, § 12 Rn. 2; vgl. *Everling*, JZ 2000, 217, 218, der die Abgrenzung zwischen Rechtsfortbildung und einer „ausdehnende[n], teleologische[n] und am effet utile orientierte[n] Auslegung“ weitgehend als „Frage der Terminologie“ ansieht.

³⁴ Zu den Grenzen primärrechtlicher Rechtsfortbildung 1. Teil 4. Kapitel G. (S. 125 ff.). Die h. M. akzeptiert die Rechtsfortbildung durch den EuGH, vgl. *BVerfG*, Beschluss v. 8.4.1987 –

keine neuen Kompetenzen, die ihr bislang nicht zustehen. Auch ohne die Rechtsfortbildung ist sie befugt, Mitgliedstaaten an Richtlinien zu binden. Es ändert sich lediglich die Art und Weise, wie die mitgliedstaatliche Bindung geltend gemacht und durchgesetzt werden kann. Dabei handelt es sich nicht um eine so wesentliche Veränderung, dass sie einer Vertragsänderung gleichkommen würde, die den Mitgliedstaaten vorbehalten ist, vgl. Art. 48 EUV. Daher wird, soweit die unmittelbare Richtlinienwirkung im weiteren Verlauf der Untersuchung relevant wird, davon ausgegangen, dass die Rechtsfortbildung durch den EuGH zulässig ist.

IV. Keine unmittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien

Im Unterschied zur *vertikalen* Richtlinienwirkung betrifft die Frage nach der *horizontalen* Wirkung Rechtsverhältnisse zwischen Privaten. Wirken Richtlinien also auch in Rechtsbeziehungen unter Privaten unmittelbar, wenn die vom EuGH entwickelten Voraussetzungen der unmittelbaren Richtlinienwirkung gegeben sind? Der EuGH verneint das in ständiger Rechtsprechung und begründet es damit, dass sich die Umsetzungsverpflichtung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV nur an die Mitgliedstaaten, nicht an Einzelne richte.³⁵ Zudem würde die Ausdehnung seiner Rechtsprechung auf rein private Rechtsverhältnisse dazu führen, der EU die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen. Das dürfe sie aber nur dort, wo ihr die Befugnis zugewiesen sei, Verordnungen zu erlassen.

Faktisch hat der EuGH das Verbot der unmittelbaren Horizontalwirkung von Richtlinien beginnend mit der Entscheidung in der Rechtssache Mangold aufge-

2 BvR 687/85 (Kloppenburger), BVerfGE 75, 223, 240 ff. = NJW 1988, 1459 zur Zulässigkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht; *Everling*, in: FS Carstens I, S. 95, 106 ff.; wohl die unmittelbare Richtlinienwirkung befürwortend *Schroeder*, JuS 2004, 180, 184; kritisch *Neßler*, RIW 1993, 206, 209 ff., der die Rechtsprechung als Rechtsfortbildung ablehnt, aber als Rechtsschöpfung für zulässig hält; vielfach wird die unmittelbare Richtlinienwirkung nicht als Rechtsfortbildung hinterfragt, sondern nur die Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur dargestellt oder es werden bloß die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erläutert, vgl. etwa von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Geismann*, Art. 288 AEUV Rn. 46 ff. und Calliess/Ruffert/*Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 47.

³⁵ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 48 = NJW 1986, 2178; *EuGH*, Urteil v. 14. 7. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 20 ff. = NJW 1994, 2473; *EuGH*, Urteil v. 7. 3. 1996 – C-192/94 (El Corte Inglés), Slg. 1996, I-1296 Rn. 15 ff. = NJW 1996, 1401; *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 108 = NZA 2004, 1145; *EuGH*, Urteil v. 15. 1. 2014 – C-176/12 (Association de médiation sociale), NZA 2014, 193 Rn. 36; *EuGH*, Urteil v. 19. 4. 2016 – C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 30; *EuGH*, Urteil v. 7. 8. 2018 – C-122/17 (David Smith), RIW 2018, 674 Rn. 42 ff.; so auch *Jarass*, NJW 1991, 2665, 2666; *Scherzberg*, JURA 1993, 225, 228; *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 29 ff.; ähnlich *Herber*, EuZW 1991, 401, 403 f.; vgl. dagegen *Foerster*, EuR 2012, 190, 193, der nach einem Beschluss des EuGH aus dem Jahr 2011 „Spielräume für Spekulationen“ eröffnet sieht, ob der EuGH an seiner Rechtsprechung festhalten wird.

weicht. Er hat zunächst einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts und später den in Art. 21, 31 Abs. 2 GRCh normierten Grundrechten unmittelbare Horizontalwirkung zuerkannt.³⁶ Die RL 2000/78/EG und 2003/88/EG sollen wiederum den allgemeinen Grundsatz und die Chartagrundrechte konkretisieren.³⁷ Über den Umweg horizontal unmittelbar wirkender Rechtssätze kommt den konkretisierenden Richtlinienbestimmungen somit *faktisch* auch unmittelbare Horizontalwirkung zu. *Rechtlich* hält der EuGH aber daran fest, dass Richtlinienbestimmungen zwischen Privaten nicht unmittelbar wirken können.³⁸

Die Auffassung des EuGH ist auf prominenten Widerspruch gestoßen. Die Generalanwälte van Gerven³⁹, Jacobs⁴⁰ und Lenz⁴¹ treten dafür ein, Richtlinien auch in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten unmittelbare Wirkung zukommen zu lassen. Teile der Rechtsprechung und Literatur sind derselben Ansicht.⁴² Die drei Generalanwälte stützen sich auf zwei Argumente. Zum einen sei eine Richtlinie, die in Privatrechtsverhältnissen den Schutz der schwächeren Vertragspartei bezwecke, des *effet utile* beraubt, wenn ein Mitgliedstaat sie nicht umsetze.⁴³ Zum anderen spreche das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot in gleich mehrfacher Hinsicht für eine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung: Die Rechtsprechung des EuGH behandle Rechtssubjekte ungleich in Abhängigkeit davon, ob sie in einer rechtlichen Beziehung mit einem Einzelnen oder einer dem Staat zuzurechnenden Einrichtung stünden.⁴⁴ Dass in den Mitgliedstaaten für die Einzelnen unterschied-

³⁶ *EuGH*, Urteil v. 22. 11. 2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-10013 Rn. 74 ff. = NZA 2005, 1345; *EuGH*, Urteil v. 19. 1. 2010 – C-555/07 (Kücükdeveci), Slg. 2010, I-393 Rn. 21 ff. = NZA 2010, 85; *EuGH*, Urteil v. 17. 4. 2018 – C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569 Rn. 76 ff.; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer/Wilmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 79 ff.

³⁷ *EuGH*, Urteil v. 19. 1. 2010 – C-555/07 (Kücükdeveci), Slg. 2010, I-393 Rn. 21 = NZA 2010, 85; *EuGH*, Urteil v. 17. 4. 2018 – C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569 Rn. 47; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474 Rn. 52 ff.

³⁸ *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer/Wilmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 76 ff.; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474 Rn. 66 ff.

³⁹ *GA van Gerven*, Schlussanträge v. 26. 1. 1993 – C-271/91 (Marshall II), Slg. 1993, I-4381 Rn. 12 = BeckEuRS 1993, 197789.

⁴⁰ *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 27. 1. 1994 – C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-765 Rn. 19 ff. = BeckEuRS 1994, 204069.

⁴¹ *GA Lenz*, Schlussanträge v. 9. 2. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 48 ff. = BeckEuRS 1994, 203820.

⁴² *OLG Hamm*, Urteil v. 28. 8. 1990 – 20 U 85/89, RIW 1991, 421, 422 f., das die Entscheidung *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 = NJW 1986, 2178 fehlinterpretiert; zuletzt ausführlich in der Wissenschaft *Craig*, E.L. Rev. 34 (2009), 349; *Easson*, E.L. Rev. 4 (1979), 67, 79; differenzierend *Wyatt*, E.L. Rev. 8 (1983), 241, 245 ff.; nach *Everling*, in: FS Carstens I, S. 95, 110 spricht viel für die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung; *Nicolaysen*, EuR 1986, 370; *Richter*, EuR 1988, 394, 398 ff.

⁴³ *GA Lenz*, Schlussanträge v. 9. 2. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 54 = BeckEuRS 1994, 203820.

⁴⁴ *GA Lenz*, Schlussanträge v. 9. 2. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 51 = BeckEuRS 1994, 203820; in diese Richtung auch *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 27. 1. 1994 – C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-765 Rn. 21 = BeckEuRS 1994, 204069; *GA van Gerven*,

liches Recht gelte, obwohl Harmonisierungsvorschriften erlassen worden seien, widerspreche den Anforderungen an den Binnenmarkt.⁴⁵ Ferner würden Einzelne aus Mitgliedstaaten, die die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt haben, gegenüber denjenigen Einzelnen benachteiligt, die in einem Mitgliedstaat arbeiteten, der die Richtlinie nicht korrekt umgesetzt habe.⁴⁶

Richtigerweise können Richtlinien in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten nicht unmittelbar wirken. Das liegt nicht nur daran, dass den Einzelnen kein widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen ist, da sie weder verpflichtet noch in der Lage dazu sind, Richtlinieninhalte in nationales Recht umzusetzen. Insbesondere würde eine unmittelbare Horizontalwirkung auch dazu führen, dass Richtlinien gegenüber Privaten „verbindlich“ sind. Eine solche Richtlinienwirkung verletzt daher die im Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV angelegte Verbindlichkeitsgrenze.⁴⁷

D. Zusammenfassung zu Richtlinien als Form der Rechtsetzung der EU

Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV, den Richtlinieninhalt umzusetzen. Erst nach der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, sind die Richtlinieninhalte für die Bürger eines Mitgliedstaats verbindlich. Dabei richtet sich die Umsetzungspflicht an alle Staatsgewalten und Untergliederungen eines Mitgliedstaats. Während des Umsetzungszeitraums dürfen die Mitgliedstaaten aufgrund des Frustrationsverbots keine Maßnahmen treffen, die geeignet sind, das Richtlinienziel ernstlich in Frage zu stellen. Dieses Frustrationsverbot folgt aus Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 288 Abs. 3 AEUV und der jeweiligen Richtlinie. Setzt ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß um, kann sich ein Bürger unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber dem Mitgliedstaat unmittelbar auf Richtlinienbestimmungen berufen: Der Umsetzungszeitraum muss abgelaufen sein. Zudem muss die Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sein. Die unmittelbare Richtlinienwirkung kommt jedoch erst in Betracht, wenn das nationale Recht weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden kann. In horizontalen Rechtsverhältnissen, d. h. Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, können Richtlinien dagegen nicht unmittelbar wirken.

Schlussanträge v. 26. 1. 1993 – C-271/91 (Marshall II), Slg. 1993, I-4381 Rn. 12 = BeckEuRS 1993, 197789.

⁴⁵ GA Lenz, Schlussanträge v. 9. 2. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 51 = BeckEuRS 1994, 203820.

⁴⁶ GA van Gerven, Schlussanträge v. 26. 1. 1993 – C-271/91 (Marshall II), Slg. 1993, I-4381 Rn. 12 = BeckEuRS 1993, 197789.

⁴⁷ Ausführlich zur Verbindlichkeitsgrenze als Grenze der Richtlinienwirkung gegenüber Privaten S. 226 ff.

2. Kapitel

Grundsätze richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung

In Literatur und Rechtsprechung gibt es kaum Ausführungen zur richtlinienkonformen *Tarifvertragsauslegung* und -fortbildung. Zur richtlinienkonformen *Gesetzesauslegung* und -fortbildung gibt es hingegen zahllose Publikationen und Entscheidungen.¹ Die richtlinienkonforme Gesetzesauslegung und -fortbildung dient daher als Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung. Im Folgenden wird dargestellt, wie sich der EuGH, die deutschen Gerichte sowie das deutsche Schrifttum zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Gesetzen äußern.² Dabei wird nicht jedes Diskussionsfeld der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung und -fortbildung beleuchtet, da dieses Kapitel nur den Grundstein für die weitere Untersuchung legt. Im Fokus stehen vielmehr diejenigen Aspekte der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung und -fortbildung, die auch für eine etwaige richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung und -fortbildung bedeutsam sind. Dazu zählt die normative Grundlage der Pflicht zur richtlinienkonformen Gesetzesauslegung und -fortbildung. Daneben wird betrachtet, ab wann die Pflicht besteht, wie sie in Deutschland methodisch umgesetzt wird und welchen Grenzen sie unterliegt.

Vorab sollen einige Begriffe klargestellt werden, die im Kontext richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung benutzt werden. Ist nachfolgend von richtlinienkonformer Rechtsfindung die Rede, ist damit sowohl die richtlinienkonforme Auslegung als auch die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung gemeint.³ Die richtlinienkonforme Auslegung ist dagegen von der richtlinienorientierten Auslegung zu unterscheiden. Die richtlinienorientierte Auslegung ist nicht unionsrechtlich vorgegeben, sondern berücksichtigt im Rahmen der herkömmlichen Auslegung, dass ein Gesetz erlassen oder geändert wurde, um eine Richtlinie um-

¹ Vgl. nur die dazu erschienenen Dissertationen: *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung; *Klamert*, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung; *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung; *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung; *Baldauf*, Richtlinienverstoß.

² Nachfolgend wird nur auf die derzeitigen Fassungen des EUV und AEUV verwiesen und werden Ausführungen nur auf sie bezogen, auch wenn die Ausführungen in Rechtsprechung zu den Vorgängernormen im EWGV und EGV erfolgten.

³ Vgl. zu dem Begriff richtlinienkonformer Rechtsfindung *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 50 und *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 24.

zusetzen. Sie fragt danach, ob die nationale Legislative eine Richtlinie ordnungsgemäß umsetzen wollte.⁴

A. Richtlinienkonforme Rechtsfindung in der Rechtsprechung des EuGH

Für das Verständnis der Rechtsprechung des EuGH ist wichtig, was dieser unter richtlinienkonformer „Auslegung“ versteht. Er geht von der französischen Rechts-tradition aus, die nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet.⁵ „Auslegung“ in der Rechtsprechung des EuGH umfasst daher nach deutschem methodischen Verständnis sowohl die Auslegung als auch die Rechtsfortbildung.⁶ Ist nachfolgend von „Auslegung“ die Rede, ist damit außerhalb zitierter und in Bezug genommener Urteils-passagen des EuGH die Auslegung im Sinne der deutschen Methodenlehre gemeint. Außerhalb dieser Passagen wird für die „richtlinienkonforme Auslegung“ nach dem Begriffsverständnis des EuGH, das Auslegung und Rechtsfortbildung umfasst, der Begriff „richtlinienkonforme Rechtsfindung“ gebraucht.

I. Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Erstmals⁷ entscheidet der EuGH in der Rechtssache von Colson und Kamann⁸ aus dem Jahr 1984, dass nationales Recht richtlinienkonform auszulegen ist. Diese Aussage stützt der EuGH auf drei Säulen: auf die Verpflichtung aus der Richtlinie, das in ihr vorgesehene Ziel zu erreichen, auf die in Art. 5 EWGV verankerte Loyalitätspflicht (später Art. 10 EGV, nunmehr Art. 4 Abs. 3 EUV) und auf die Umsetzungspflicht aus Art. 189 Abs. 3 EWGV (später Art. 249 Abs. 3 EGV, nunmehr

⁴ Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 275.

⁵ Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 5; Höpfner, RdA 2013, 16, 22; Riesenhuber/Neuner, § 12 Rn. 2.

⁶ BGH, Urteil v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle), NJW 2009, 427 Rn. 21 = BGHZ 179, 27; BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 65 = BAGE 130, 119; Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 92 ff.; Michael/Payandeh, NJW 2015, 2392, 2395; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 17. Vgl. dagegen BAG, Urteil v. 7. 8. 2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 33 = BAGE 142, 371, das offenlässt, „inwieweit rechtmethodisch an der klassischen Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung festzuhalten ist“.

⁷ Ein erster Hinweis auf die richtlinienkonforme Auslegung findet sich bereits in *EuGH*, Urteil v. 20. 5. 1976 – Rs. 111/75 (Mazzalai), Slg. 1976, 657 = BeckRS 2004, 71252: gemeinschaftskonforme Auslegung des zur Durchführung der Richtlinien erlassenen Gesetzes, ohne dass der EuGH eine entsprechende Pflicht statuieren.

⁸ *EuGH*, Urteil v. 10. 4. 1984 – Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1892 Rn. 26 = NJW 1984, 2021.

Art. 288 Abs. 3 AEUV). In den nachfolgenden Entscheidungen zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verwendet der EuGH die gleiche Begründung. Die Urteile unterscheiden sich nur teils darin, welchen Begründungsansatz der EuGH in den Mittelpunkt rückt. Eine Neuerung erfolgt erst mit dem Urteil in der Rechtssache Pfeiffer⁹. Darin stellt der EuGH seine Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auf eine vierte Säule. Die Große Kammer schreibt, dass das Gebot einer *gemeinschaftsrechtskonformen* Auslegung des nationalen Rechts dem EGV immanent sei.¹⁰ Es ermögliche den nationalen Gerichten, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheide. Das bis dato letzte bedeutende Urteil zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ergeht in der Rechtssache Adeneler¹¹, in dem der EuGH die Grenzen des Gebots präzisiert. Darin stützt der EuGH das Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung auf Art. 249 Abs. 3 EGV (nunmehr Art. 288 Abs. 3 AEUV) und wiederholt die aus Pfeiffer bekannte Aussage, das Gebot gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung sei dem EGV immanent.¹² Von der Loyalitätspflicht als Geltungsgrund ist in dem Urteil und auch in den nachfolgenden Urteilen keine Rede mehr. Der EuGH scheint diesen Begründungsansatz überwunden zu haben. Seit Adeneler übernimmt der EuGH in seinen Urteilen entweder den dort dargestellten Geltungsgrund, verweist auf das Urteil in Adeneler oder stützt sich allein auf Art. 288 Abs. 3 AEUV. Einen einheitlichen, von allen Kammern verwendeten Textbaustein gibt es allerdings nicht.

II. Inhalt der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

In der Entscheidung zur Rechtssache von Colson und Kamann erklärt der EuGH, dass ein nationales Gericht insbesondere Vorschriften, die zur Durchführung einer Richtlinie erlassen wurden, „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie“ auslegen müsse.¹³ Seine Rechtsprechung entwickelt der EuGH im Urteil Marleasing¹⁴ in zwei Punkten fort. Er entscheidet, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht nur Vorschriften umfasse, die nach der Richtlinie

⁹ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 = NZA 2004, 1145.

¹⁰ *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 114 = NZA 2004, 1145. Seit dem Vertrag von Lissabon verwendet der EuGH die Formulierung, dass die Verpflichtung zur *unionsrechtskonformen* Auslegung dem *System des AEUV* immanent sei, vgl. *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 24; *EuGH*, Urteil v. 10. 10. 2013 – C-306/12 (Spedition Welter), NJW 2014, 44 Rn. 29.

¹¹ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 = NJW 2006, 2465.

¹² *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 108 f. = NJW 2006, 2465.

¹³ *EuGH*, Urteil v. 10. 4. 1984 – Rs. 14/83 (von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1892 Rn. 26 = NJW 1984, 2021.

¹⁴ *EuGH*, Urteil v. 13. 11. 1990 – C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 = BeckEuRS 1990, 165571.

erlassen worden seien, sondern auch vor der Richtlinie erlassene Vorschriften.¹⁵ Zudem müssten die nationalen Gerichte ihre Auslegung „soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten“.¹⁶ Mit der Formulierung „so weit wie möglich“ zeigt der EuGH, dass die Verpflichtung nicht grenzenlos ist, sondern die nationalen Gerichte nur das ihnen Mögliche tun müssen, um das nationale Recht richtlinienkonform zu gestalten.¹⁷ Im Urteil zur Rechtssache Adeneler¹⁸ stellt der EuGH schließlich klar, dass die Pflicht, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, erst ab dem Zeitpunkt besteht, in dem die Umsetzungsfrist der Richtlinie abgelaufen ist.¹⁹

Der EuGH macht den nationalen Gerichten zudem Vorgaben, die die Gerichte berücksichtigen müssen, wenn sie ihre nationalen Methoden anwenden. In *Wagner Miret*²⁰ äußert sich der EuGH zu den Regelungsabsichten der Mitgliedsstaaten, wenn diese eine Richtlinie umsetzen. Die nationalen Gerichte hätten davon auszugehen, „dass der Staat die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“.²¹ In *Björnekulla Fruktindustrier*²² geht der EuGH sogar so weit zu fordern, dass die nationalen Gerichte der richtlinienkonformen Auslegung entgegenstehende Hinweise aus dem Gesetzgebungsverfahren nicht beachten sollten.²³ In *Pfeiffer* stellt er einen Weg dar, wie die nationalen Gerichte dem Gebot nachkommen sollen: indem sie die Auslegungsmethode nutzen, mithilfe derer sie eine Kollision zweier nationaler Normen vermeiden. Explizit erwähnt der EuGH die Möglichkeiten, eine der Normen restriktiv auszulegen, sie nur insoweit anzuwenden, wie sie mit der anderen nationalen Norm vereinbar sei, oder ihre Reichweite einzuschränken. Ermöglicht es das nationale Recht, auf diese Weise eine Kollision zweier nationaler Normen zu verhindern, sei das nationale Gericht dazu verpflichtet, die gleichen Methoden an-

¹⁵ *EuGH*, Urteil v. 13. 11. 1990 – C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 = BeckEuRS 1990, 165571; bestätigt in *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (*Pfeiffer*), Slg. 2004, I-8878 Rn. 115 = NZA 2004, 1145.

¹⁶ *EuGH*, Urteil v. 13. 11. 1990 – C-106/89 (*Marleasing*), Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 = BeckEuRS 1990, 165571, Hervorhebung durch Verfasser.

¹⁷ Zu den Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung nach Auffassung des EuGH siehe 1. Teil 2. Kapitel A. IV. (S. 51 ff.).

¹⁸ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (*Adeneler*), Slg. 2006, I-6091 = NJW 2006, 2465.

¹⁹ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (*Adeneler*), Slg. 2006, I-6091 Rn. 115 = NJW 2006, 2465; bestätigt in *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 2009 – C-378/07 bis 380/07 (*Angelidaki u. a.*), Slg. 2009, I-3071 Rn. 201 = BeckEuRS 2009, 493621; a. A. *GA Tizzano*, Schlussanträge v. 30. 6. 2005 – C-144/04 (*Mangold*), Slg. 2005, I-9985 Rn. 118 ff. = BeckEuRS 2005, 417772.

²⁰ *EuGH*, Urteil v. 16. 12. 1993 – C-334/92 (*Wagner Miret*), Slg. 1994, I-6926 = NJW 1994, 921.

²¹ *EuGH*, Urteil v. 16. 12. 1993 – C-334/92 (*Wagner Miret*), Slg. 1994, I-6926 Rn. 20 = NJW 1994, 921.

²² *EuGH*, Urteil v. 29. 4. 2004 – C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*), Slg. 2004, I-5811 = GRUR 2004, 682.

²³ *EuGH*, Urteil v. 29. 4. 2004 – C-371/02 (*Björnekulla Fruktindustrier*), Slg. 2004, I-5811 Rn. 13 = GRUR 2004, 682.

zuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Was der EuGH mit diesen Ausführungen meint, ist unklar. Teilweise wird die Aussage des EuGH so verstanden, dass die nationalen Methoden zur Auflösung einer Normkollision, wie die Derogation und teleologische Reduktion, im Verhältnis von Richtlinie und nationaler Norm anzuwenden sind.²⁴ Nationalen Gerichten sei es daher erlaubt, *contra legem* zu judizieren, wenn eine Richtlinie mit einer nationalen Norm kollidiert.²⁵ Andere teilen diese Auffassung nicht.²⁶ Der EuGH habe lediglich ausdrücken wollen, dass Widersprüche zwischen zwei innerstaatlichen Normen im Rahmen des methodisch Zulässigen auf eine Weise aufzulösen seien, die richtlinienwidrige Ergebnisse vermeide.²⁷

III. Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Die Pflicht, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, greift nach der Rechtsprechung des EuGH erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Frist zur Richtlinienumsetzung abläuft.²⁸ Während der Umsetzungsfrist müssen es die Mitgliedstaaten nur unterlassen, Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erreichung des Richtlinienziels ernstlich zu gefährden.²⁹ Diese Vorwirkung von Richtlinien stützt der EuGH auf Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 288 Abs. 3 AEUV.³⁰ Nach Auffassung des EuGH müssen es nationale Gerichte daher unterlassen, das nationale Recht im Umsetzungszeitraum so auszulegen, dass sie die Erreichung des Richtlinienziels nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden.³¹

²⁴ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 51; so auch *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 32.

²⁵ *Riesenhuber/Domröse*, RIW 2005, 47, 51 f.

²⁶ *Höpfner*, RdA 2013, 16, 22; *EuArbR/ders.*, Art. 288 AEUV Rn. 81; *Brenncke*, EuR 2015, 440, 450.

²⁷ *Brenncke*, EuR 2015, 440, 450; *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 81.

²⁸ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 115 = NJW 2006, 2465; a. A. noch Generalanwalt *Tizzano* und Generalanwältin *Kokott*, vgl. *GA Tizzano*, Schlussanträge v. 30. 6. 2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9985 Rn. 115 ff. = Beck-EuRS 2005, 417772 und *GA'in Kokott*, Schlussanträge v. 27. 10. 2005 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2005, I-6062 Rn. 42 ff. = BeckEuRS 2005, 413678.

²⁹ *EuGH*, Urteil v. 18. 2. 1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7435 Rn. 45 = EuZW 1998, 167; *EuGH*, Urteil v. 22. 11. 2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-10013 Rn. 67 = NZA 2005, 1345; *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 121 = NJW 2006, 2465.

³⁰ *EuGH*, Urteil v. 18. 2. 1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7435 Rn. 45 = EuZW 1998, 167; *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 121 = NJW 2006, 2465.

³¹ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 123 = NJW 2006, 2465.

IV. Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Gesetzesauslegung begrenzt der EuGH bereits im Jahr 1987 im Urteil zur Rechtssache *Kolpinghuis Nijmegen*.³² Die Grenzen der Verpflichtung seien die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die Teil des Gemeinschaftsrechts seien, und insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit sowie das Rückwirkungsverbot.³³ Diese Grenzen hat er bis heute beibehalten. Ursprünglich formulierte er diese Grenzen im strafrechtlichen Kontext. Eine Richtlinie dürfe nicht bewirken, dass sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen festlege oder verschärfe, die gegen die Richtlinienbestimmungen verstießen, ohne dass die Richtlinie in nationales Recht umgesetzt sei.³⁴ In der Folge benannte der EuGH den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot aber auch in Privatrechtsverhältnissen³⁵ und Rechtsverhältnissen zwischen Privaten³⁶ als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung. Jedoch beschränkt er nur in Ausnahmefällen die zeitliche Wirkung seiner Urteile aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit und nennt dafür zwei Kriterien: der gute Glaube der Betroffenen und die Gefahr schwerwiegender Störungen.³⁷ Die Betroffenen müssten die Rechtsverhältnisse gutgläubig auf Grundlage der als gültig betrachteten Regelungen eingegangen sein.³⁸

³² *EuGH*, Urteil v. 8. 10. 1987 – Rs. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), Slg. 1987, I-3982.

³³ *EuGH*, Urteil v. 8. 10. 1987 – Rs. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), Slg. 1987, I-3982, 827 Rn. 13.

³⁴ *EuGH*, Urteil v. 8. 10. 1987 – Rs. 80/86 (*Kolpinghuis Nijmegen*), Slg. 1987, I-3982 Rn. 13; vgl. *EuGH*, Urteil v. 26. 9. 1996 – C-168/95 (*Arcaro*), Slg. 1996, I-4719 Rn. 42 = BeckRS 2004, 74624; vgl. *EuGH*, Urteil v. 28. 6. 2005 – C-189/02 P u. a. (*Dansk Rørintustri A/S*), Slg. 2005, I-5488 Rn. 220 f. = BeckRS 2005, 70478; vgl. zur rahmenbeschlusskonformen Rechtsfindung *EuGH*, Urteil v. 16. 6. 2005 – C-105/03 (*Pupino*), Slg. 2005, I-5309 Rn. 44 ff. = NJW 2005, 2839.

³⁵ *EuGH*, Urteil v. 15. 4. 2008 – C-268/06 (*Impact*), Slg. 2008, I-2533 Rn. 100 = NZA 2008, 581; *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 2009 – C-378/07 bis 380/07 (*Angelidaki u. a.*), Slg. 2009, I-3071 Rn. 199 = BeckEuRS 2009, 493621; *EuGH*, Urteil v. 24. 6. 2010 – C-98/09 (*Sorge*), Slg. 2010, 5837 Rn. 52 = NZA 2010, 805.

³⁶ *EuGH*, Urteil v. 10. 3. 2011 – C-109/09 (*Deutsche Lufthansa*), Slg. 2011, I-1309 Rn. 54 = NZA 2011, 397; vgl. bereits *EuGH*, Urteil v. 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 (*Defrenne II*), Slg. 1976, 456 Rn. 71 ff. = BeckEuRS 1976, 53615, das die zeitliche Wirkung des Urteils zur unmittelbaren Horizontalwirkung von Art. 119 EWGV mit Verweis auf die Rechtssicherheit beschränkte; vgl. im Horizontalverhältnis ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die richtlinienkonforme Rechtsfindung *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2001 – C-481/99 (*Heininger*), Slg. 2001, I-9965 Rn. 52 = NJW 2002, 281.

³⁷ *EuGH*, Urteil v. 10. 1. 2006 – C-402/03 (*Skov et Bilka*), Slg. 2006, I-223 Rn. 51 = NJW 2006, 1409; *EuGH*, Urteil v. 22. 9. 2016 – C-110/15 (*Microsoft Mobile Sales International*), GRUR Int. 2016, 1066 Rn. 60; *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (*Hein*), NZA 2019, 47 Rn. 57.

³⁸ Dazu und zu den nachfolgend genannten Voraussetzungen *EuGH*, Urteil v. 11. 8. 1995 – C-367/93 u. a. (*Rodgers*), Slg. 1995, I-2248 Rn. 43 = EuZW 1995, 707, *EuGH*, Urteil v. 20. 9. 2001 – C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6229 Rn. 53 = EuZW 2002, 52, *EuGH*, Urteil v. 15. 3. 2005 – C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2151 Rn. 69 = NJW 2005, 2055, *EuGH*, Urteil v. 22. 9. 2016 – C-110/15 (*Microsoft Mobile Sales International*), GRUR Int. 2016, 1066 Rn. 61 und *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (*Hein*), NZA 2019, 47 Rn. 58.

Zudem müsse eine objektive und bedeutende Unsicherheit hinsichtlich der Tragweite der Unionsbestimmungen bestanden haben, die die Einzelnen zu ihrem unionsrechtswidrigen Verhalten veranlasst habe. Dazu könne eventuell auch das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Europäischen Kommission beigetragen haben. In Bezug auf das zweite Kriterium, der Gefahr schwerwiegender Störungen, erklärt der EuGH, dass die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen insbesondere mit der großen Zahl von gutgläubig eingegangenen Rechtsverhältnissen zusammenhängen müsse. Im Übrigen sollen die nationalen Gerichte nicht befugt sein, neben dem unionsrechtlichen Vertrauensschutz auch Vertrauensschutz auf Grundlage des nationalen Rechts zu gewähren.³⁹ Ansonsten werde in Wirklichkeit die zeitliche Wirkung der vom EuGH vorgenommenen Unionsrechtsauslegung begrenzt⁴⁰, wenn der EuGH unionsrechtlichen Vertrauensschutz ablehnt, das nationale Gericht aber nationalen Vertrauensschutz gewährt.

Neben der Begrenzung durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze erkennt der EuGH an, dass die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung „nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen“ darf.⁴¹ Das nationale Gericht ist also nicht unionsrechtlich verpflichtet, ein nationales Gesetz richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden, wenn es *contra legem* erfolgen würde. In eine ähnliche Richtung geht die Grenze, die der EuGH in einem Atemzug mit seinen Vorgaben zum Pflichtengehalt benennt: Die nationalen Gerichte müssten „unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“⁴². Mit der Formulierung „alles [...], was in ihrer Zuständigkeit liegt“ erkennt der EuGH die Zuständigkeit nationaler Gerichte als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung an.⁴³ Den Satzteil „unter Anwendung ihrer Auslegungsmethoden“ fügte der

³⁹ *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 61.

⁴⁰ *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 61.

⁴¹ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 110 = NJW 2006, 2465; *EuGH*, Urteil v. 15. 4. 2008 – C-268/06 (Impact), Slg. 2008, I-2533 Rn. 100 = NZA 2008, 581; *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 2009 – C-378/07 bis 380/07 (Angelidaki u. a.), Slg. 2009, I-3071 Rn. 199 = BeckEuRS 2009, 493621; *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 25; *EuGH*, Urteil v. 19. 4. 2016 – C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 32.

⁴² *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 111 = NJW 2006, 2465; *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 2009 – C-378/07 bis 380/07 (Angelidaki u. a.), Slg. 2009, I-3071 Rn. 200 = BeckEuRS 2009, 493621; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer/Wilmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 67.

⁴³ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 113 = NZA 2004, 1145; vgl. *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 2009 – C-378/07 bis 380/07 (Angelidaki u. a.), Slg. 2009, I-3071 Rn. 198 = BeckEuRS 2009, 493621; vgl. *EuGH*, Urteil v. 19. 1. 2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-393 Rn. 48 = NZA 2010, 85.

EuGH im Jahr 2006 mit dem Urteil zur Rechtssache Adeneler ein.⁴⁴ Damit verdeutlicht er, dass die nationalen Gerichte nur in den Grenzen der nationalen Auslegungsmethoden zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verpflichtet sind. In eine ähnliche Richtung weist die in anderen Urteilen verwendete Formulierung, die nationalen Gerichte müssten das nationale Recht „so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen“.⁴⁵

Unklar bleibt, ob der EuGH mit der *contra-legem*-Grenze und der Anerkennung der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze seine Rechtsprechung aus Wagner Miret und Björnekulla Fruktindustrier zum Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers⁴⁶ und zur verringerten Bedeutung der Gesetzgebungsmaterialien bei der Auslegung⁴⁷ aufgibt.⁴⁸

V. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH stützt die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der jüngeren Vergangenheit maßgeblich auf Art. 288 Abs. 3 AEUV. Ab dem Zeitpunkt, in dem die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, soll ein nationales Gericht seine Auslegung des nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck ausrichten. Die nationalen Gerichte hätten davon auszugehen, dass der Mitgliedstaat eine Richtlinie vollständig habe umsetzen wollen. Vereinzelt fordert der EuGH, die nationalen Gerichte sollten der richtlinienkonformen Auslegung widersprechende Hinweise aus dem nationalen Gesetzgebungsverfahren nicht beachten. Das Unionsrecht soll die mitgliedstaatlichen Gerichte jedoch nicht dazu verpflichten, das nationale Recht *contra legem* auszulegen. Die Zuständigkeit der nationalen Gerichte und ihre Auslegungsmethoden sollen Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfindung markieren. Daneben sollen auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts, insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit sowie das Rückwirkungsverbot die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung begrenzen.

⁴⁴ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 111 = NJW 2006, 2465.

⁴⁵ *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 113 = NZA 2004, 1145; *EuGH*, Urteil v. 23. 4. 2009 – C-378/07 bis 380/07 (Angelidaki u. a.), Slg. 2009, I-3071 Rn. 197 = BeckEuRS 2009, 493621; *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 24; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer/Wilmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 66; vgl. *EuGH*, Urteil v. 19. 1. 2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-393 Rn. 48 = NZA 2010, 85. Hervorhebung durch Verfasser.

⁴⁶ *EuGH*, Urteil v. 16. 12. 1993 – C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1994, I-6926 Rn. 20 = NJW 1994, 921.

⁴⁷ *EuGH*, Urteil v. 29. 4. 2004 – C-371/02 (Björnekulla Fruktindustrier), Slg. 2004, I-5811 Rn. 13 = GRUR 2004, 682.

⁴⁸ Vgl. Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 29.

B. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG

Die deutschen Gerichte tragen seit langer Zeit durch Vorabentscheidungsersuchen dazu bei, dass der EuGH das Unionsrecht auslegen und fortbilden kann – auch auf dem Gebiet der richtlinienkonformen Rechtsfindung. Das Urteil in der Rechtssache von Colson und Kamann, in dem der EuGH erstmals die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aufstellte, erging etwa auf ein Vorabentscheidungsersuchen des ArbG Hamm.

Die deutschen Gerichte haben die sich weiterentwickelnde Rechtsprechung des EuGH stets nachvollzogen.⁴⁹ Nachfolgend wird ein Überblick über die wesentlichen Aussagen der deutschen Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung gegeben. Der Überblick beschränkt sich dabei auf die Aussagen des BAG und des BVerfG.

I. Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Das BAG äußert sich in seinen Urteilen uneinheitlich zur rechtlichen Grundlage der Pflicht, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. In der weit überwiegenden Anzahl von Entscheidungen stützt es die Pflicht auf Art. 288 Abs. 3 AEUV oder dessen Vorgängernormen Art. 249 Abs. 3 EGV und Art. 189 Abs. 3 EWGV.⁵⁰ In anderen Entscheidungen führt es die Pflicht auf Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 288 Abs. 3 AEUV und deren Vorgängernormen zurück.⁵¹ In einer wiederum anderen Entscheidung erklärt das BAG die richtlinienkonforme Rechtsfindung damit, dass die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung dem EG-Vertrag immanent sei.⁵²

⁴⁹ Eine Ausnahme ist *BFH*, Urteil v. 25. 4. 1985 – V R 123/84 (Kloppenburger), NJW 1985, 2103, in dem der BFH die vom EuGH im Wege der Rechtsfortbildung begründete unmittelbare Wirkung von Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist ablehnt.

⁵⁰ *BAG*, Urteil v. 5. 3. 1996 – 1 AZR 590/92, NZA 1996, 751, 754 f. = BAGE 82, 211; *BAG*, Beschluss v. 2. 4. 1996 – 1 ABR 47/95, NZA 1996, 998, 1002 = BAGE 82, 349; *BAG*, Urteil v. 23. 3. 2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971 Rn. 23 f. = BAGE 117, 281; *BAG*, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 25 = BAGE 132, 247; *BAG*, Urteil v. 23. 3. 2010 – 9 AZR 128/09, NZA 2010, 810 Rn. 102 = BAGE 134, 1; *BAG*, Urteil v. 5. 12. 2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 37 = BAGE 144, 85; *BAG*, Beschluss v. 21. 2. 2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 Rn. 29 = BAGE 158, 121; *BAG*, Urteil v. 21. 3. 2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 Rn. 30 = BAGE 158, 244; *BAG*, Urteil v. 23. 5. 2018 – 5 AZR 263/17, NZA 2019, 39 Rn. 33 = BAGE 162, 387.

⁵¹ *BAG*, Beschluss v. 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742, 747 = BAGE 105, 32; *BAG*, Beschluss v. 24. 1. 2006 – 1 ABR 6/05, NZA 2006, 862 Rn. 42 = BAGE 117, 27.

⁵² *BAG*, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538, 543 = BAGE 130, 119.

Das BVerfG führt in einem Beschluss zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung aus, dass sich die unionsrechtliche Pflicht zu dieser Auslegung aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergebe.⁵³ Zur Begründung verweist das BVerfG nicht auf Rechtsprechung des EuGH, sondern nur auf einen eigenen Beschluss aus 1987.⁵⁴ Die Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV bezieht das BVerfG bislang nur auf den Gesetzgeber, nicht aber auf die Gerichte.⁵⁵

II. Umsetzung der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der deutschen Methodenlehre

Der Grundsatz „unionsrechtskonformer Auslegung“ verlangt nach Ansicht des BAG, „dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der danach anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der betreffenden Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt“⁵⁶. Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts setze voraus, dass es einen Auslegungsspielraum gebe.⁵⁷ Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang sowie Zweck des Gesetzes müssten mehrere Deutungen zulassen, von denen jedenfalls eine zum richtlinienkonformen Ergebnis führe.⁵⁸ Das BAG erkennt zudem an, dass die vom EuGH entwickelte Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der deutschen Methodenlehre auch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung erforderlich macht.⁵⁹ Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung könne etwa durch teleologische Reduktion erfolgen.⁶⁰ Diese setze eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus, die durch

⁵³ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 46.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss v. 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85 (Kloppenburger), BVerfGE 75, 223 = NJW 1988, 1459.

⁵⁵ Vgl. BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 51; vgl. aber Rn. 47 des zuvor genannten Beschlusses sowie BVerfG (K), Beschluss v. 23. 5. 2016 – 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 41, wo das BVerfG zumindest die Rechtsprechung des EuGH wiedergibt, wonach sich die Pflicht auf Art. 288 Abs. 3 AEUV stützt.

⁵⁶ BAG, Urteil v. 18. 1. 2012 – 7 AZR 112/08, NZA 2012, 575 Rn. 20 = BAGE 140, 248; BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 Rn. 39 = BAGE 164, 117; vgl. BAG, Urteil v. 5. 12. 2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 37 = BAGE 144, 85.

⁵⁷ BAG, Urteil v. 23. 3. 2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, 971 Rn. 25 = BAGE 117, 281.

⁵⁸ BAG, Beschluss v. 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742, 747 = BAGE 105, 32; BAG, Beschluss v. 24. 1. 2006 – 1 ABR 6/05, NZA 2006, 862 Rn. 43 = BAGE 117, 27.

⁵⁹ BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 65 = BAGE 130, 119; BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 29 f. = BAGE 132, 247; BAG, Urteil v. 23. 3. 2010 – 9 AZR 128/09, NZA 2010, 810 Rn. 102 = BAGE 134, 1; BAG, Urteil v. 5. 12. 2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 37 = BAGE 144, 85; BAG, Urteil v. 12. 12. 2012 – 10 AZR 718/11, NZA 2013, 577 Rn. 30; BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 Rn. 39 = BAGE 164, 117.

⁶⁰ BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 66 f. = BAGE 130, 119.

die teleologische Reduktion auf einen richtlinienkonformen Sinngehalt zurückgeführt werde.⁶¹ Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung komme insbesondere in Betracht, wenn der Gesetzgeber mit der von ihm geschaffenen Regelung eine Richtlinie umsetzen wollte, hierbei aber deren Inhalt missverstanden habe.⁶²

Obwohl die vom BAG offengelegten Maßstäbe gleichgeblieben sind, hat sich mit der Zeit die Art und Weise geändert, wie das BAG die Maßstäbe anwendet. Im Jahr 2009 begründete das BAG eine richtlinienkonforme Rechtsfindung noch mit dem „regelmäßig anzunehmende[n] Wille[n] des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien“.⁶³ Dabei wurde der streitgegenständliche § 7 BUrlG 30 Jahre vor der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG verabschiedet und nicht an die Richtlinie angepasst.⁶⁴ Das BAG fingierte also einen Umsetzungswillen⁶⁵, d. h. den Willen, eine Richtlinie ordnungsgemäß in nationales Recht umzusetzen. Zudem sah es diesen Willen als vorrangig vor der konkreten Regelungsentscheidung des Gesetzgebers an, um § 7 BUrlG richtlinienkonform auslegen und fortbilden zu können.

In nachfolgenden Entscheidungen stellt das BAG hingegen immer deutlicher heraus, dass in Wirklichkeit der gesetzgeberische Regelungswillen maßgeblich ist.⁶⁶ Es lehnt etwa eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung aufgrund einer „eindeutige[n] Zielsetzung des innerstaatlichen Rechts“ ab.⁶⁷ Diese schließe einen besonderen oder auch nur allgemeinen Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers aus. In anderen Entscheidungen stellt das BAG einen „eindeutigen Willen“⁶⁸, „dokumentierten“ oder „ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers“⁶⁹ fest und sieht die richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung als ausgeschlossen an. Bisheriger Schlusspunkt der Entwicklung ist eine Entscheidung des Achten Senats, die deutlich durch die Aussagen des BVerfG in dessen Beschluss zum Vorbeschäftigungsverbot gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG⁷⁰ geprägt ist.⁷¹ „Ein eindeutiger Wortlaut und ein bewusster gesetzgeberischer Wille“ schlossen regelmäßig die unionsrechtskonforme Auslegung aus.⁷² Zwar habe der Gesetzgeber im zu entscheidenden Fall eine Richtlinie umsetzen wollen und dabei den Richtlinieninhalt missverstanden. Trotzdem könne das nationale Recht „aufgrund des klaren und bewussten gesetzgeberischen Willens“ weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet wer-

⁶¹ BAG, Urteil v. 5. 12. 2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 Rn. 37 = BAGE 144, 85.

⁶² BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 Rn. 39 = BAGE 164, 117.

⁶³ BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 58 = BAGE 130, 119.

⁶⁴ EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 83.

⁶⁵ Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 194 f.

⁶⁶ Vgl. EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 78 f.: „Rechtsprechungskorrektur“ durch den Neunten Senat des BAG.

⁶⁷ BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 46 = BAGE 132, 247.

⁶⁸ BAG, Urteil v. 21. 3. 2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 Rn. 32 = BAGE 158, 244.

⁶⁹ BAG, Urteil v. 23. 5. 2018 – 5 AZR 263/17, NZA 2019, 39 Rn. 34 = BAGE 162, 387.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss v. 6. 6. 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774.

⁷¹ BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 = BAGE 164, 117.

⁷² BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 Rn. 40 = BAGE 164, 117.

den.⁷³ Damit überspielt der Achte Senat wie auch andere Senate vor ihm den gesetzgeberischen Regelungswillen nicht mehr mit einem fingierten oder generellen Umsetzungswillen, sondern sieht den Regelungswillen als maßgeblich an.

Auch nach Auffassung des BVerfG setzt die richtlinienkonforme Auslegung voraus, dass ein Auslegungsspielraum im nationalen Recht besteht.⁷⁴ Mehrere mögliche Auslegungsmethoden sollten die nationalen Gerichte hinsichtlich des Richtlinienziels bestmöglich im Sinne eines Optimierungsgebots anwenden.⁷⁵ Bei der Gesetzesauslegung könnten die nationalen Gerichte davon ausgehen, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber im Zweifel nicht gegen seine Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV verstoßen wollte, das Ziel der Richtlinie fristgemäß umzusetzen.⁷⁶ Diesen Gedanken findet man beim EuGH im Urteil zur Rechtssache Wagner Miret und beim BAG in dem zuvor angesprochenen Urteil aus dem Jahr 2009 wieder.⁷⁷ Das BVerfG schränkt seine Aussage allerdings anders als der EuGH und das BAG durch die Zusätze „kann innerstaatlich durch die Annahme Rechnung getragen werden“ und „im Zweifel“ ein.⁷⁸

III. Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Die einzelstaatlichen Gerichte sind nach Auffassung des BAG ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist verpflichtet, nationales Recht richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden.⁷⁹

IV. Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Die deutsche Rechtsprechung erkennt übereinstimmend mit dem EuGH Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung an.⁸⁰ Sie geht von der Rechtsprechung des EuGH aus, gibt die vom EuGH formulierten unionsrechtlichen Grenzen wieder und konkretisiert diese für deutsche Gerichte.

⁷³ BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 Rn. 41 = BAGE 164, 117.

⁷⁴ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 46.

⁷⁵ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 46.

⁷⁶ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 51; siehe auch BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 58 = BAGE 130, 119.

⁷⁷ EuGH, Urteil v. 16. 12. 1993 – C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1994, I-6926 Rn. 20 = NJW 1994, 921; BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 58 = BAGE 130, 119.

⁷⁸ Hervorhebung durch Verfasser. Vgl. EuGH, Urteil v. 16. 12. 1993 – C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1994, I-6926 Rn. 20 = NJW 1994, 921: „[...] hat jedes nationale Gericht [...] davon auszugehen, dass [...]“.

⁷⁹ BAG, Urteil v. 23. 3. 2010 – 9 AZR 128/09, NZA 2010, 810 Rn. 102 = BAGE 134, 1.

⁸⁰ Siehe etwa BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 47, BAG, Urteil v. 21. 3. 2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 Rn. 30 = BAGE 158, 244 und BAG, Urteil v. 23. 5. 2018 – 5 AZR 263/17, NZA 2019, 39 Rn. 33 = BAGE 162, 387.

Die Pflicht werde durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze⁸¹ sowie das „nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubte“ begrenzt⁸². Auch der EuGH verlange vom nationalen Gericht nur, das nationale Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auszulegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen.⁸³ Die nationalen Gerichte seien jedoch nicht verpflichtet, das nationale Recht *contra legem* auszulegen.⁸⁴ Dabei sei der Begriff der Auslegung *contra legem* funktionell zu verstehen.⁸⁵ Er meine daher den Bereich, in dem richterliche Rechtsfindung unzulässig sei. Nur die nationalen Gerichte könnten beurteilen, ob und inwieweit das nationale Recht eine richtlinienkonforme Auslegung zulasse.⁸⁶ Auch der EuGH habe die interpretatorische Autonomie der nationalen Gerichte bestätigt, einen innerstaatlichen Auslegungsspielraum festzustellen.⁸⁷ Es obliege den nationalen Stellen, methodische Spielräume des nationalen Rechts in den Grenzen des Verfassungsrechts zu identifizieren und wahrzunehmen.⁸⁸ Damit wird die Verschränkung der unionsrechtlichen Grenzen mit den nationalen Grenzen betont: Eine Grenze der *unionsrechtlichen* Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung sind die *nationalen* Grenzen der Rechtsfindung, also das, was nach nationaler Methodenlehre zulässig ist.

⁸¹ BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 26 = BAGE 132, 247; BAG, Urteil v. 25. 10. 2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, 455 Rn. 39 = BAGE 164, 117.

⁸² BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 47; BVerfG (K), Beschluss v. 23. 5. 2016 – 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 41; BAG, Urteil v. 7. 8. 2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 31 = BAGE 142, 371; BAG, Urteil v. 5. 8. 2014 – 9 AZR 77/13, NZA 2015, 625 Rn. 21; BAG, Beschluss v. 21. 2. 2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 Rn. 29 = BAGE 158, 121; BAG, Urteil v. 21. 3. 2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 Rn. 30 = BAGE 158, 244; BAG, Urteil v. 23. 5. 2018 – 5 AZR 263/17, NZA 2019, 39 Rn. 33 = BAGE 162, 387.

⁸³ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 47; BVerfG (K), Beschluss v. 23. 5. 2016 – 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 41; vgl. BVerfG (K), Beschluss v. 17. 11. 2017 – 2 BvR 1131/16, NJW-RR 2018, 305 Rn. 36; BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 25 = BAGE 132, 247.

⁸⁴ BVerfG (K), Beschluss v. 10. 12. 2014 – 2 BvR 1549/07, NZA 2015, 375 Rn. 31; BAG, Urteil v. 7. 8. 2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 31 = BAGE 142, 371; BAG, Urteil v. 5. 8. 2014 – 9 AZR 77/13, NZA 2015, 625 Rn. 21; BAG, Beschluss v. 21. 2. 2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 Rn. 29 = BAGE 158, 121; BAG, Urteil v. 21. 3. 2017 – 3 AZR 718/15, NZA 2017, 948 Rn. 30 = BAGE 158, 244; BAG, Urteil v. 23. 5. 2018 – 5 AZR 263/17, NZA 2019, 39 Rn. 33 = BAGE 162, 387. Teilweise setzt das BVerfG das Verbot der Auslegung *contra legem* in einen direkten Zusammenhang mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit, vgl. BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 47; BVerfG (K), Beschluss v. 23. 5. 2016 – 1 BvR 2230/15, 1 BvR 2231/15, NJW-RR 2016, 1366 Rn. 41.

⁸⁵ BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 65 = BAGE 130, 119; BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 Rn. 29 = BAGE 132, 247.

⁸⁶ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 47; BVerfG (K), Beschluss v. 10. 12. 2014 – 2 BvR 1549/07, NZA 2015, 375 Rn. 31; BAG, Urteil v. 7. 8. 2012 – 9 AZR 353/10, NZA 2012, 1216 Rn. 31 = BAGE 142, 371; BAG, Beschluss v. 21. 2. 2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662 Rn. 29 = BAGE 158, 121.

⁸⁷ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 48.

⁸⁸ BVerfG (K), Beschluss v. 26. 9. 2011 – 2 BvR 2216/06, NJW 2012, 669 Rn. 48.

Die Rechtsprechung zu den unionsrechtlichen Grenzen der Pflicht und die Rechtsprechung zu den nationalen Grenzen der Rechtsfortbildung greifen somit ineinander. Zweck der nationalen Rechtsfortbildungsgrenzen ist es, die Kompetenzen von Judikative und Legislative abzugrenzen. Die Grenzen beruhen etwa auf der Bindung der Judikative an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG⁸⁹, der in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankerten Gewaltenteilung⁹⁰ sowie der Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG⁹¹. Jedoch sind diese Kompetenzgrenzen für das Verhältnis zwischen Judikative und Tarifvertragsparteien, also für die weitere Untersuchung, nicht relevant. Daher wird auf die nationalrechtlichen Grenzen richterlicher Gesetzesfortbildung nicht näher eingegangen.

V. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der Rechtsprechung des BAG und BVerfG

Das BAG äußert sich uneinheitlich zum Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung, die ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist bestehen soll. Überwiegend leitet es die Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV her. Daneben stützt es sie teilweise auf Art. 4 Abs. 3 AEUV oder erklärt, die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung sei dem EG-Vertrag immanent. Laut BVerfG soll sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergeben. Die richtlinienkonforme Auslegung soll nach Ansicht des BAG und des BVerfG einen Auslegungsspielraum im nationalen Recht voraussetzen. Jenseits der Auslegung soll auch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung geboten sein, die eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes voraussetze. Mittlerweile erkennt das BAG in einem klaren und bewussten gesetzgeberischen Willen eine Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung. Die nationalen Grenzen der Rechtsfindung sollen die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung begrenzen.

⁸⁹ BVerfG, Beschluss v. 6. 6. 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 (Vorbeschäftigungsverbot), NZA 2018, 774 Rn. 72, 75; vgl. BVerfG, Urteil v. 11. 7. 2012 – 1 BvR 3142/07, 1569/08 (Delisting), BVerfGE 132, 99 Rn. 73 ff. = NJW 2012, 3081; BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 65 = BAGE 130, 119.

⁹⁰ BVerfG, Beschluss v. 6. 6. 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 (Vorbeschäftigungsverbot), NZA 2018, 774 Rn. 75; BAG, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 65 = BAGE 130, 119.

⁹¹ BVerfG, Beschluss v. 24. 2. 2015 – 1 BvR 472/14, BVerfGE 138, 377 Rn. 40 ff. = NJW 2015, 1506.

C. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen im deutschen Schrifttum

Die deutsche Literatur erkennt im Einklang mit der europäischen und deutschen Rechtsprechung an, dass deutsche Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Während in der Frage des „Ob“ Einigkeit besteht, gibt es im Schrifttum zahlreiche Differenzen, die Einzelfragen der richtlinienkonformen Rechtsfindung betreffen. Diese Meinungsunterschiede zwischen einzelnen Autoren werden in den unzähligen Veröffentlichungen zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aber nur selten herausgearbeitet. Der nachfolgende Abschnitt versucht, das Meinungsbild differenziert darzustellen und die Unterschiede zu verdeutlichen.

I. Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Obwohl sich das deutsche Schrifttum einig ist, *dass* Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, ist man sich uneins, *warum* das der Fall ist. Überwiegend setzen die Autoren im Unionsrecht an, um eine die Gerichte treffende Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu begründen (dazu unter 1.). Nur wenige Autoren vertreten, dass sich daneben eine solche Pflicht auch aus dem nationalen Recht ergibt (dazu unter 2.).

1. Unionsrechtlicher Geltungsgrund

Im deutschen Schrifttum ist anerkannt, dass es eine unionsrechtliche Pflicht gibt, nationale Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Differenzen bestehen lediglich hinsichtlich der Frage, aus welchen Normen sich die unionsrechtliche Pflicht ergibt.⁹²

a) Art. 288 Abs. 3 AEUV

Teile der Literatur führen die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auf Art. 288 Abs. 3 AEUV oder dessen Vorgängernormen zurück:⁹³

⁹² Vgl. *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 220 Fn. 976, der darauf hinweist, dass es sich um eine in dieser Form nur in Deutschland stattfindende Diskussion handele.

⁹³ *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 256 f.; *Canaris*, in: FS Bydliński, S. 47, 55 ff.; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 109 ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 270; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 25; *Höpfner*, in: JbJZ 2009, S. 74, 82; *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss Rn. 32; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 91 f.; *Riesenhuber/Leible/Domröse*, § 8 Rn. 55; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 4; *Calliess/Ruffert/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 79; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 110.

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

Die Vertreter dieser Auffassung begründen ihre Ansicht damit, dass Art. 288 Abs. 3 AEUV auch eine Rechtspflicht für die Gerichte als innerstaatliche Stellen enthalte.⁹⁴ Die Schaffung der Gesetze durch den Gesetzgeber werde dadurch ergänzt und vervollständigt, dass die Gerichte sie anwendeten, auslegten und fortbildeten.⁹⁵ Daher sei eine die Mitgliedstaaten treffende Pflicht, die Richtlinien umzusetzen, unvollständig, wenn nicht auch die Rechtsprechung einbezogen werde.⁹⁶ Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung für die Gerichte sei die „denknotwendige Ausprägung der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten auf der Ebene der Rechtsprechung“⁹⁷. Würden die Gerichte die Richtlinien nicht berücksichtigen, bestehe ferner die Gefahr, dass das Recht in der Rechtsanwendung in der Europäischen Union nicht einheitlich angewendet werde.⁹⁸ Baldauf bezeichnet die die Gerichte treffende Verpflichtung als „sekundäre Umsetzungsspflicht“, die hinzutrete, wenn die die nationale Legislative treffende Primärpflicht nicht vollständig, inkorrekt oder zweideutig erfüllt sei.⁹⁹

Nach Ansicht mehrerer Autoren bestätigt Art. 4 Abs. 3 EUV die Umsetzungs- pflicht, trete aber hinter Art. 288 Abs. 3 AEUV zurück, der die speziellere Regelung enthalte.¹⁰⁰ Bestenfalls verstärke Art. 4 Abs. 3 EUV die Pflicht, er begründe sie aber nicht.¹⁰¹ Canaris misst Art. 4 Abs. 3 EUV eine argumentative Unterstützungs- und Ergänzungsfunktion zu, nicht aber die Hauptrolle.¹⁰²

⁹⁴ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 256; Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 297; Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 56; vgl. auch Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 34 ff. zu den Adressaten des Umsetzungsbefehls.

⁹⁵ Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 56.

⁹⁶ Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 56; a. A. Nettesheim, AöR 119 (1994), 261, 268, nach dem der Normgehalt überspannt würde, wenn ihm Auslegungsregeln für das nationale Recht entnommen würden.

⁹⁷ Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 297 f.

⁹⁸ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 256.

⁹⁹ Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 36.

¹⁰⁰ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 257; so auch Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 298; Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 110; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 271.

¹⁰¹ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 257.

¹⁰² Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 62; vgl. Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss Rn. 32; vgl. Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 4.

b) Art. 4 Abs. 3 EUV

Eine andere Auffassung sieht Art. 4 Abs. 3 EUV und deren Vorgängernormen als Grundlage für die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung an.¹⁰³ Der Wortlaut des Art. 4 Abs. 3 EUV lautet:

„Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben.

Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben.

Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

Nach Art. 4 Abs. 3 EUV müssen die Mitgliedstaaten die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts sicherstellen.¹⁰⁴ Deshalb seien sie auch verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit sicherzustellen, dass allen nationalen Maßnahme die Wirksamkeit versagt bleibe, die dem Unionsrecht widersprächen.¹⁰⁵ Auch die sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergebende Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue führe dazu, dass das nationale Recht so ausgelegt werden müsse, dass es der Richtlinie entspreche.¹⁰⁶

Teilweise wird befürwortet, das Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfindung allein auf die Vorgängernorm von Art. 4 Abs. 3 EUV zu stützen.¹⁰⁷ Die Vorgängernorm des Art. 288 Abs. 3 AEUV regelt nicht, wie mit nationalem Recht umzugehen sei, das mit Richtlinien kollidiere. Sie schreibe Rechtsakten nur bestimmte Wirkungen zu. Eine andere Auslegung überspanne den Normgehalt. Die rechtliche Grundlage des Gebots sei vielmehr die Unterlassungspflicht, die heute in Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 Var. 2 EUV geregelt ist.

¹⁰³ Everling, in: FS Carstens I, S. 95, 101; Bach, JZ 1990, 1108, 1111; Everling, ZGR 1992, 376, 380; Spetzler, RIW 1991, 579, 580; Lutter, JZ 1992, 593, 605; Nettesheim, AöR 119 (1994), 261, 267 ff.; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 449; Ehrlicke, EuZW 1999, 553, 554; Lenaerts/Corthaut, E. L. Rev. 31 (2006), 287, 293; Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. I, S. 452 f.; vgl. Pfeiffer, NJW 2009, 412, 413, der das Gebot „(auch) [als] eine besondere Ausprägung des [...] Art. 10 EGV“ ansieht, ohne auszuführen, auf welche Norm das Gebot noch gestützt werden kann.

¹⁰⁴ Bach, JZ 1990, 1108, 1111.

¹⁰⁵ Bach, JZ 1990, 1108, 1111.

¹⁰⁶ Everling, in: FS Carstens I, S. 95, 101; vgl. Lenaerts/Corthaut, E. L. Rev. 31 (2006), 287, 293.

¹⁰⁷ Nettesheim, AöR 119 (1994), 261, 270.

c) Art. 288 Abs. 3 AEUV i. V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV

Einige Autoren vertreten die Auffassung, dass sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung gleichberechtigt aus Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt.¹⁰⁸ Vereinzelt wird diese Auffassung um den Gedanken ergänzt, dass der AEUV die Pflicht in dessen Art. 291 beinahe ausdrücklich enthalte.¹⁰⁹

d) Rang des Unionsrechts

Suhr bezeichnet den Rang des Normsetzungsbefehls in Art. 288 Abs. 3 AEUV „bzw.“ die Höherrangigkeit der Richtlinie neben der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht als überzeugendsten Ansatzpunkt, eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu begründen.¹¹⁰ Dazu verweist er auf Ausführungen von Canaris zum Rang der Richtlinie.¹¹¹ Dieser setzt die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der deutschen Methodik mithilfe einer interpretatorischen Vorrangregel um.¹¹² Um diese zu begründen, greift er auf den Rang der Richtlinie zurück, nicht aber, um eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung selbst zu begründen. Auch Pfeiffer, auf den Suhr verweist, berücksichtigt den Rang des Gemeinschaftsrechts im Rahmen der systematischen Auslegung, nutzt ihn aber nicht dazu, eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu begründen.¹¹³

2. Nationalrechtlicher Geltungsgrund*a) Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 1 GG*

Teile des Schrifttums gehen davon aus, dass sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auch aus dem Grundgesetz, genauer gesagt aus Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 1 GG ergibt.¹¹⁴ Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG begründe die Pflicht,

¹⁰⁸ Jarass, Grundfragen, S. 89; noch vorsichtiger *ders.*, EuR 1991, 211, 216 f., wo er sich nicht abschließend positioniert; Ehricke, RabelsZ 59 (1995), 598, 614 f.; Sack, VersR 1994, 1383, 1384; *ders.*, WRP 1998, 241; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 55; wohl auch Herresthal, JuS 2014, 289, 290; vgl. dagegen Klamert, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, S. 164 ff., nach dem Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV das Gebot richtlinienkonformer Auslegung für verschiedene Zeiträume normieren.

¹⁰⁹ Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, Rn. 122 bezieht sich auf Art. 291 Abs. 2 AEUV, meint aber wohl dessen Abs. 1.

¹¹⁰ Suhr, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 223.

¹¹¹ Vgl. Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 68 f.

¹¹² Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 68 ff.; zur interpretatorischen Vorrangregel näher auf S. 38 ff.

¹¹³ Pfeiffer, StudZR 2004, 171, 181.

¹¹⁴ Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 39; vgl. Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 120, der sich nur auf Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG stützt.

soweit sie mit deutschem Verfassungsrecht im Übrigen vereinbar sei.¹¹⁵ Die Staatszielbestimmung habe zur Folge, dass deutsche Gerichte Belange des Unionsrechts berücksichtigen müssten.¹¹⁶ Die Gesetzesbindung des Richters gemäß Art. 20 Abs. 3 GG umfasse das Unionsrecht und damit auch das Richtlinienrecht. Richtlinien seien von den deutschen Gerichten zu beachtende „Gesetze“ im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG.¹¹⁷

b) Analogie zu Art. 36 EGBGB

In seiner Habilitationsschrift stützt Franzen die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auf eine Analogie zu Art. 36 EGBGB.¹¹⁸ Art. 36 EGBGB wurde jedoch mittlerweile aufgehoben und das Europäische Schuldvertragsübereinkommen, zu dessen Umsetzung Art. 36 EGBGB geschaffen wurde¹¹⁹, durch die Rom I-Verordnung ersetzt. Jedenfalls deshalb kann eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung nicht mehr auf eine Analogie zu Art. 36 EGBGB gestützt werden.

c) Umsetzungswille des nationalen Gesetzgebers

Nach einer in der Vergangenheit vermehrt und mittlerweile seltener vertretenen Ansicht soll Geltungsgrund des Gebots richtlinienkonformer Rechtsfindung sein, dass der nationale Gesetzgeber beabsichtige, eine Richtlinie ordnungsgemäß umzusetzen.¹²⁰ Sei erkennbar, dass ein Gesetz eine Richtlinie umsetzen solle, müsse

¹¹⁵ Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 39; vgl. Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 121; so zur „EG-rechtskonformen Auslegung“ noch Jarass/Pieroth/Jarass (10. Aufl. 2009), Art. 23 GG Rn. 41; nunmehr vorsichtiger Jarass/Pieroth/ders., Art. 23 GG Rn. 13.

¹¹⁶ Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 120.

¹¹⁷ Ohne daraus eine Schlussfolgerung für die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu ziehen, so auch Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 1 Rn. 73, Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 156 f., Grosche/Höft, NJW 2009, 2416 und dies., NJOZ 2009, 2294, 2303; a. A. Höpfner, in: JbJZ 2009, S. 74, 98; Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 121 f.; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 37: nur der primärrechtliche Umsetzungsbefehl gelte in der nationalen Rechtsordnung; vgl. Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, S. 32 f., der auf Art. 97 Abs. 1 GG rekurriert.

¹¹⁸ Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 314 ff.

¹¹⁹ Ausführlicher dazu Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 314.

¹²⁰ Everling, RabelsZ 50 (1986), 193, 224; Herber, EuZW 1991, 401, 403; Jarass, EuR 1991, 211, 217; Scherzberg, JURA 1993, 225, 231; Jarass, Grundfragen, S. 89 f.; Klamert, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, S. 167; vgl. Ehricke, RabelsZ 59 (1995), 598, 614, nach dem die Bindung an das deutsche Recht den Richter verpflichte, dem Willen des Gesetzgebers zu folgen, nationales Recht in Übereinstimmung mit der Richtlinie auszulegen; Sack, WRP 1998, 241; Ehricke, EuZW 1999, 553, 554; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 40; unklar, ob gesetzgeberischer Wille als Geltungsgrund Hommelhoff, AcP 192 (1992), 71, 95 und Bienenbender, ZEuP 2004, 36, 38.

davon ausgegangen werden, dass der nationale Gesetzgeber seine Verpflichtung erfüllen wolle, dem Richtlinieninhalt möglichst vollständig zu folgen.¹²¹ Der Richter sei an das deutsche Recht gebunden, das ihn verpflichte, dem Willen des Gesetzgebers zu folgen.¹²² Der Wille des Gesetzgebers gehe dahin, nationales Recht in Übereinstimmung mit der Richtlinie auszulegen.¹²³ Dabei unterscheide sich die auf den Willen des nationalen Gesetzgebers gestützte Pflicht in zweifacher Hinsicht von der unionsrechtlichen Pflicht.¹²⁴ Anders als die unionsrechtliche Pflicht greife sie schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist, wenn das deutsche Umsetzungsgesetz in Kraft trete.¹²⁵ Dagegen könne sie keine Gesetze erfassen, die vor Erlass der Richtlinie in Kraft getreten seien.¹²⁶

II. Umsetzung der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in der deutschen Methodenlehre

In den Jahren, nachdem der EuGH das Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfindung anerkannt hatte, ging es in der Diskussion im deutschen Schrifttum oft um die Frage, *ob* das Gebot anzuerkennen ist. Mittlerweile herrscht Einigkeit, dass das Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfindung besteht. Die Diskussion hat sich daher zu der Frage verlagert, *wie* die unionsrechtliche Pflicht in der deutschen Methodenlehre umzusetzen ist.

1. Richtlinienkonforme Auslegung

Im Kern geht es auf Ebene der Auslegung um das Verhältnis der richtlinienkonformen Auslegung zu den übrigen Auslegungsmethoden. Dabei stehen sich heute im Wesentlichen zwei Meinungsblöcke gegenüber.¹²⁷ Während es die Mehrheit befürwortet, eine Vorrangregel innerhalb des Auslegungsvorgangs anzunehmen, sprechen sich andere dafür aus, erst bei der Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungsergebnissen einen Vorrang zu statuieren.

¹²¹ Herber, EuZW 1991, 401, 403.

¹²² Ehricke, RabelsZ 59 (1995), 598, 614.

¹²³ Ehricke, RabelsZ 59 (1995), 598, 614.

¹²⁴ Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 40; so wohl schon Jarass, Grundfragen, S. 90.

¹²⁵ Jarass, Grundfragen, S. 90; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 40.

¹²⁶ Jarass, EuR 1991, 211, 217; ders., Grundfragen, S. 90; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 40.

¹²⁷ Vgl. Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 156 ff. zur vor allem bis in die 1990er-Jahre vertretenen Auffassung, dass ein Konflikt zwischen nationalem Recht und Richtlinie nach dem Grundsatz „lex superior derogat legi inferiori“ aufzulösen ist.

a) Interpretatorische Vorrangregel

Die in der Literatur herrschende Auffassung begreift das Gebot richtlinienkonformer Auslegung als interpretatorische Vorrangregel.¹²⁸ Eine interpretatorische Vorrangregel löst eine Kollision zwischen Auslegungskriterien auf.¹²⁹ Damit bedarf es keiner Abwägung mehr, wie sie sonst üblich ist, wenn verschiedene Auslegungsmethoden auf unterschiedliche Auslegungsergebnisse hindeuten.¹³⁰ Das Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung geht nach Auffassung der Vertreter dieser Ansicht den übrigen Auslegungskriterien bis zur Grenze des unzulässigen *contra-legem*-Judizierens vor, selbst wenn einem Auslegungskriterium im Rahmen einer Abwägung ein größeres Gewicht zukomme.¹³¹ Es handle sich um ein Optimierungsgesetz.¹³² Zunächst sei jedoch auf einer ersten Stufe des Auslegungsvorgangs die Norm allein mit Hilfe der klassischen Auslegungskriterien auszulegen.¹³³ Im zweiten Schritt sei die Argumentationslage mit den Anforderungen der Richtlinie zu vergleichen. Dieser zweistufige Vorgang sei zweckmäßig, weil unabhängig vom Bestreben, ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erreichen, beurteilt werden müsse, ob überhaupt ein Auslegungsspielraum bestehe. Komme man auf der ersten Stufe dazu, dass kein Auslegungsspielraum bestehe, könne man sich – nun mit Blick auf die Richtlinie – erneut anschauen, ob die klassischen Auslegungskriterien nicht doch den erforderlichen Spielraum hergäben.¹³⁴ Zwar möge es praktischer

¹²⁸ Grundlegend *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 66 ff.; so auch *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 237 ff.; *Auer*, NJW 2007, 1106; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 911; *Grosche/Höft*, NJOZ 2009, 2294, 2308; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 124 ff.; *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 275 ff.; *Langenbuecher/Langenbuecher* Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 93; *MüKoBGB/Lorenz*, Vor § 474 Rn. 3; *Preis/Sagan/Sagan*, Rn. 1.150; ähnlich *Gebauer*, in: *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss Rn. 34, der die *contra-legem*-Grenze als Grenze der Vorrangregel betont; wohl auch *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860, 879; vgl. *Brenncke*, EuR 2015, 440, 446 f., *ders.*, in: JbJZ 2014, S. 11, 14 und *ders.*, Stat. L. R. 39 (2018), 134, 137 f., der die interpretatorische Vorrangregel als „europäische Methodenregel“ begreift, die der EuGH zwingend vorgibt; unklar, ob *Unberath*, ZEuP 2005, 5, 6 f. trotz ausdrücklicher Befürwortung einer „interpretatorischen Vorrangregel“ nicht eher einen Ergebnisvorrang meint; ausführlich zu Vorrangregeln im Allgemeinen *Canaris*, in: FS Medicus, S. 25, 58 ff.

¹²⁹ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 67; vgl. *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 127.

¹³⁰ *Canaris*, in: FS Medicus, S. 25, 58 ff.; *ders.*, in: FS R. Schmidt, S. 41, 46; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 911; *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 275 f.

¹³¹ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 70, 72; vgl. *ders.*, in: FS R. Schmidt, S. 41, 46; *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 237 f.; vgl. *Gebauer*, in: *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss Rn. 34; vgl. *Preis/Sagan/Sagan*, Rn. 1.150.

¹³² *Preis/Sagan/Sagan*, Rn. 1.150.

¹³³ Zum nachfolgend skizzierten Vorgehen *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 80 f.; ähnlich *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 911; für einen zweistufigen Rechtsfindungsvorgang auch *Grosche/Höft*, NJOZ 2009, 2294, 2309.

¹³⁴ Für eine nachrangige Berücksichtigung der richtlinienkonformen Rechtsfindung auch *Unberath*, ZEuP 2005, 5, 7.

sein, die Richtlinie bereits im ersten Schritt zu berücksichtigen. Dann laufe man aber Gefahr, das nationale Recht zu verbiegen, um anzunehmen, dass es für eine richtlinienkonforme Lösung offen sei.¹³⁵

Umstritten ist, ob die richtlinienkonforme Auslegung eine eigene Auslegungsmethode ist¹³⁶ oder ob sie über die klassischen Auslegungsmethoden auf den Auslegungsvorgang einwirkt¹³⁷.

Die interpretatorische Vorrangregel wird neben Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG¹³⁸ und dem Vorrang des Umsetzungsbefehls aus Art. 288 Abs. 3 AEUV¹³⁹ auch auf den Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht gestützt, an dem eine Richtlinie teilhabe¹⁴⁰. Eine Richtlinie habe zwar keinen derogierenden Vorrang. Sie sei aber gegenüber dem nationalen Recht höherrangig.¹⁴¹ Der Normsetzungsbefehl des Unionsrechts wirke als objektiv-teleologisches Kriterium, das die Gerichte binde, soweit sie einen Umsetzungsspielraum hätten.¹⁴² Würde die richtlinienkonforme Auslegung erst bei der Auswahl zwischen mehreren Auslegungsergebnissen greifen¹⁴³, sei kaum zu erklären, welche Funktion die *contra-legem*-Grenze haben solle.¹⁴⁴ Der Forderung des EuGH, die nationalen Gerichte müssten alles ihnen Mögliche tun, um ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erreichen, werde auch nur Genüge getan, wenn das Gebot bereits auf Auslegungsebene berücksichtigt werde.¹⁴⁵ Ansonsten würden theoretisch mögliche Auslegungsergebnisse nicht erreicht.

b) Ergebnisvorrang

Eine in jüngerer Zeit vor allem von Höpfner vertretene Auffassung leitet aus dem Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung zwar ebenfalls eine Vorrangregel ab. Die Vorrangregel soll allerdings nicht in den Auslegungsvorgang selbst eingreifen, sondern bestimmen, dass bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen

¹³⁵ Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 81.

¹³⁶ Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 79; *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 521, 523; *Unberath*, ZEuP 2005, 5, 7; *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* Rn. 33; *Langenbucher/Langenbucher* *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, § 1 Rn. 90 ff.

¹³⁷ *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860, 881 f.; *Herrmann*, *Richtlinienumsetzung*, S. 133; *Herresthal*, *Rechtsfortbildung*, S. 238.

¹³⁸ *Weber*, *Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung*, S. 126.

¹³⁹ *Langenbucher/Langenbucher* *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, § 1 Rn. 93.

¹⁴⁰ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 68 f.

¹⁴¹ *Canaris*, in: FS R. Schmidt, S. 41, 50; *Suhr*, *Richtlinienkonforme Auslegung*, S. 276 f.

¹⁴² *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 69.

¹⁴³ So die Interpretation des Gebots richtlinienkonformer Rechtsfindung als Ergebnisvorrang.

¹⁴⁴ *Preis/Sagan/Sagan*, Rn. 1.150.

¹⁴⁵ *Herrmann*, *Richtlinienumsetzung*, S. 132; *Canaris*, in: FS R. Schmidt, S. 41, 50.

das richtlinienkonforme gewählt werden muss.¹⁴⁶ Daher wird auch von der These des Ergebnisvorrangs gesprochen.¹⁴⁷ Nach Höpfner sollen zunächst die möglichen Auslegungsergebnisse anhand der klassischen Methoden bestimmt werden.¹⁴⁸ Dabei sei auch die richtlinienorientierte Auslegung anzuwenden.¹⁴⁹ Sie sei jedoch nur ein Auslegungskriterium unter mehreren gleichrangigen Kriterien.¹⁵⁰ Eine Vorrangregel bestehe auf der Stufe der Auslegung nicht. Ein Vorrang bestehe nur bei der Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungsergebnissen: Das richtlinienkonforme Ergebnis habe Vorrang vor dem richtlinienwidrigen.¹⁵¹

2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

In der deutschen Literatur ist mittlerweile anerkannt, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung nicht nur die Auslegung nach deutschem Methodenverständnis umfasst, sondern auch die Rechtsfortbildung. Damit eine Rechtsfortbildung zulässig ist, muss das Gesetz lückenhaft sein. Es muss also nach der gängigen Definition eine planwidrige Unvollständigkeit aufweisen.¹⁵²

a) Unvollständigkeit des Gesetzes

Der Voraussetzung, dass das Gesetz unvollständig sein muss, wird in der Regel keine Aufmerksamkeit geschenkt.¹⁵³ Der Diskussionsschwerpunkt liegt bei der Frage, wann die Unvollständigkeit planwidrig ist.

Unvollständig ist ein Gesetz nach Canaris, wenn die vermisste Regelung nicht von seinem möglichen Wortsinn umfasst sei,¹⁵⁴ wenn also der mögliche Wortsinn keine richtlinienkonforme Regelung enthalte.¹⁵⁵ Das Kriterium diene dazu,

¹⁴⁶ *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261, 269; *Büdenbender*, ZEuP 2004, 36, 38; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 282 ff.; *ders.*, in: JbJZ 2009, S. 74, 84 f.; *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 227 f.; *Brenncke*, EuR 2015, 440, 447 f., der allerdings die Bezeichnung „interpretatorische Vorrangregel“ wählt und die Regel als unionsrechtliche Pflicht ansieht; ebenso *ders.*, in: JbJZ 2014, S. 11, 14; *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 43 ff.; unklar *Dänzer-Vanotti*, DB 1994, 1052, 1055 und *Ehricke*, RabelsZ 59 (1995), 598, 616.

¹⁴⁷ *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 106.

¹⁴⁸ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 283; *ders.*, in: JbJZ 2009, S. 74, 85.

¹⁴⁹ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 275.

¹⁵⁰ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 283.

¹⁵¹ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 283 f.; *ders.*, in: JbJZ 2009, S. 74, 85.

¹⁵² *Larenz*, Methodenlehre, S. 373; vgl. dagegen *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 231, der sich in der „integrierten Staatlichkeit“ für „systemwidrige Regelungslücke“ als Kürzel ausspricht.

¹⁵³ So auch *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 60 für die „Objektivisten“ bei der Gesetzesauslegung.

¹⁵⁴ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 82.

¹⁵⁵ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 85; so auch *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 234; *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123, 125.

Auslegung und Rechtsfortbildung abzugrenzen.¹⁵⁶ Franzen beschäftigt sich etwas ausführlicher mit der Frage, wann ein Gesetz unvollständig ist. Er differenziert danach, ob eine Richtlinie unmittelbar anwendbar und ob die Umsetzungsfrist abgelaufen ist.¹⁵⁷ Sei eine Richtlinie unmittelbar anwendbar, gebe es eine den im Streit befindlichen Sachverhalt gestaltende Rechtsnorm.¹⁵⁸ Das nationale Recht sei nicht unvollständig.¹⁵⁹ Eine gemeinschaftsrechtlich veranlasste Fortbildung sei unzulässig. Sei die betreffende Richtlinie nicht unmittelbar anwendbar und widerspreche ihr die nationale Gesetzeslage, sei das Gesetz erst ab Ablauf der Umsetzungsfrist unvollständig.¹⁶⁰ Vor diesem Zeitpunkt sei eine Rechtsfortbildung aus methodischen Gründen ausgeschlossen. Die Unvollständigkeit beurteilt sich seiner Auffassung nach sowohl nach der innerstaatlichen als auch nach der Gemeinschaftsrechtsordnung. Eine andere Ansicht begründet die Unvollständigkeit des Rechts, wenn es dem Normbefehl einer Richtlinie widerspricht, schließlich mit der Vorrangwirkung der Umsetzungsverpflichtung aus Art. 288 Abs. 3 AEUV.¹⁶¹

*b) Planwidrigkeit als vom Ziel der Gesetzesauslegung
abhängige Voraussetzung der Rechtsfortbildung*

Während es zur Unvollständigkeit des Gesetzes kaum Aussagen in der Literatur gibt, gilt das Gegenteil für die Frage, wann eine Unvollständigkeit planwidrig ist. Die zahlreichen Meinungsäußerungen sind unübersichtlich, da vielfach nicht deutlich wird, nach welchem Maßstab die Planwidrigkeit beurteilt wird. Richtigerweise kommt es darauf an, was man als Ziel der Gesetzesauslegung begreift. Plakativ und unpräzise gesprochen kommt es auf den Plan des *Gesetzes* an, wenn man ein Gesetz nach dem objektivierten gesetzgeberischen Willen auslegt, und auf den Plan des *Gesetzgebers*, wenn man die subjektive Auslegung befürwortet. Welches Ziel die Gesetzesauslegung verfolgt, ist zwar für die spätere Frage nach der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung unerheblich. Doch lassen sich die Aussagen zur planwidrigen Unvollständigkeit nationalen Rechts besser anhand der Ziele der Gesetzesauslegung strukturieren.

¹⁵⁶ Vgl. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 82 f.

¹⁵⁷ *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 415 f.; vgl. dagegen *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 85 ff., der danach erst im Rahmen der Planwidrigkeit differenziert.

¹⁵⁸ *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 415.

¹⁵⁹ So auch *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123, 125.

¹⁶⁰ *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 416, 419.

¹⁶¹ *Kroll-Ludwigs/Ludwigs*, ZJS 2009, 123, 125.

aa) Durch Widerspruch zwischen nationalem Gesetz und
Richtlinie begründete Planwidrigkeit bei Maßgeblichkeit
des objektivierten gesetzgeberischen Willens

Autoren, die eine Auslegung nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers befürworten, ziehen die Rechtsordnung als Maßstab der Planwidrigkeit heran. Während es nach Larenz nur auf den Plan des Gesetzes ankommt,¹⁶² stellt die innerhalb der objektivierten Auslegung herrschende Meinung auf den Plan der Gesamtrechtsordnung ab.¹⁶³ Darunter versteht Canaris in seiner Dissertation nicht nur die Gesetze, sondern auch den „Bereich der ‚allgemeinen Rechtsprinzipien‘ und übergesetzlichen Werte“.¹⁶⁴ Als er die Monographie verfasste, war das Phänomen der richtlinienkonformen Auslegung oder gar Rechtsfortbildung aber noch unbekannt. Im Jahre 2002 baute er in einem Festschriftbeitrag auf seinem weiten Lückenbegriff auf und erklärte, dass auch die Richtlinien zur Gesamtrechtsordnung gehörten.¹⁶⁵ Sie werden auf diese Weise zum Maßstab der Planwidrigkeit. Fehlt im Gesetz an einer Regelung und ist das Gesetz deswegen richtlinienwidrig, ist das Fehlen der Regelung auch planwidrig. Canaris vertritt sogar, dass das auch gelte, wenn der Gesetzgeber eine Richtlinie nicht umgesetzt habe.¹⁶⁶ Eine Ausnahme sei nur zu machen, wenn der Gesetzgeber die Umsetzung bewusst verweigere.¹⁶⁷ Das grenzt an einen Automatismus, von der Richtlinienwidrigkeit auf eine ausfüllungsbedürftige Lücke zu schließen – mit Ausnahme der bewussten Umsetzungsverweigerung. Diese weitgehende Auffassung lehnt eine Vielzahl an Autoren ab.¹⁶⁸ Teilweise wird etwa vertreten, dass sich die Planwidrigkeit allein nach der nationalen Rechtsordnung bemisst.¹⁶⁹

¹⁶² Larenz, Methodenlehre, S. 373 ff., sogenannter „enger Lückenbegriff“.

¹⁶³ So der „weite Lückenbegriff“, vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 35 ff.; Krey, JZ 1978, 361, 365; Bydliniski, Methodenlehre, S. 473; Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 412 f.; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 199; vgl. Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 225 ff.

¹⁶⁴ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 37.

¹⁶⁵ Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 85 ff.; bestätigt in ders., in: FS R. Schmidt, S. 41, 53 f.; so auch Auer, NJW 2007, 1106, 1108; vgl. Unberath, ZEuP 2005, 5, 8; Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 224, 234; Suhr, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 285 ff.; vgl. Schnorbus, AcP 201 (2001), 860, 896, nach dem die Richtlinien „umfassender Bestandteil der nationalen Rechtsordnung“ sind, da der objektive Gesetzgeber den Willen habe, europarechtskonform zu handeln; a. A. Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 123, 125.

¹⁶⁶ Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 87 f.; ders., in: FS R. Schmidt, S. 41, 53 f.; so auch Suhr, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 288 f.

¹⁶⁷ Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 85.

¹⁶⁸ Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 416 f.; Kerwer, Gemeinschaftsrecht und Arbeitsgerichte, S. 371 ff.; Herdegen, WM 2005, 1921, 1929; Schürnbrand, JZ 2007, 910, 913 f.; Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2301 f.; Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, S. 33 f.; wohl auch den Automatismus ablehnend Unberath, ZEuP 2005, 5, 8.

¹⁶⁹ Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 416 ff.; Schürnbrand, JZ 2007, 910, 914.

bb) Gesetzgeberischer Umsetzungswille als Maßstab bei (mutmaßlicher)
Maßgeblichkeit des objektivierten gesetzgeberischen Willens

Daneben gibt es Autoren, die die Planwidrigkeit nicht mit der bloßen Richtlinienwidrigkeit begründen, sondern auf den Umsetzungswillen des Gesetzgebers abstellen. Sie äußern sich jedoch vielfach nicht dazu, ob sie den Umsetzungswillen dem Plan der Gesamtrechtsordnung zurechnen oder ob sie das subjektive Auslegungsziel befürworten. Es liegt jedoch nahe, dass sie der herrschenden Auffassung folgen, die auf den Plan der Gesamtrechtsordnung abstellt.

Die Autoren spalten den gesetzgeberischen Willen in zwei Teile auf: in den Umsetzungswillen und die Regelungsabsicht.¹⁷⁰ „Umsetzungswille“ meint, dass der Gesetzgeber die Absicht hatte, mit einer Regelung eine Richtlinienvorgabe ordnungsgemäß umzusetzen. Unter der „Regelungsabsicht“ ist dagegen die konkrete Sachentscheidung zu verstehen. Die Ansichten unterscheiden sich darin, ob sie einen konkreten oder generellen Umsetzungswillen¹⁷¹ positiv feststellen oder ihn vermuten. Mit „generellem“ Umsetzungswillen ist die allgemein gehaltene Aussage in Gesetzesmaterialien gemeint, mit dem Gesetz eine Richtlinie umsetzen zu wollen. Von einem „konkreten“ Umsetzungswillen ist die Rede, wenn sich der Gesetzgeber konkret damit beschäftigt hat, ob eine Norm richtlinienkonform ist.

Teile der Literatur halten den generellen Umsetzungswillen für vorrangig vor der Regelungsabsicht.¹⁷² Teilweise sollen dabei Indizien genügen, um einen generellen Umsetzungswillen anzunehmen.¹⁷³ An die tatsächlichen Anhaltspunkte seien keine hohen Anforderungen zu stellen. Missachte der Gesetzgeber seine Umsetzungspflicht hingegen gezielt, sei das für die Gerichte verbindlich.¹⁷⁴ Im Gegensatz dazu vermuten andere den Umsetzungswillen des Gesetzgebers.¹⁷⁵ Dabei soll der vermutete Umsetzungswille gegenüber der Regelungsabsicht vorrangig sein.¹⁷⁶ Andere hingegen erwähnen lediglich, dass der Umsetzungswille vermutet werden könne, gehen aber nicht auf die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und das Verhältnis von Umsetzungswille und Regelungsabsicht ein.¹⁷⁷

Brenncke entnimmt der Rechtsprechung des EuGH „europäische Methodenregeln“, die grundsätzlich parallel zu den nationalen Methodenregeln bestehen, diese teilweise aber auch überlagern sollen.¹⁷⁸ Sie sollen auf einer auf Art. 288

¹⁷⁰ Vgl. Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 148.

¹⁷¹ Zu der Unterscheidung Frieling, in: JbJZ 2014, S. 37, 51 ff.

¹⁷² Möllers/Möhring, JZ 2008, 919, 922 f.; Schlachter, EuZA 2015, 1, 11 f.

¹⁷³ Schlachter, EuZA 2015, 1, 11 f.; vgl. dies., ZfA 2007, 249, 261.

¹⁷⁴ Schlachter, EuZA 2015, 1, 11.

¹⁷⁵ Schnorbus, AcP 201 (2001), 860, 891 f.; Schulte-Nölke/Busch, in: FS Canaris II, S. 795 f.

¹⁷⁶ Schulte-Nölke/Busch, in: FS Canaris II, S. 795 f.

¹⁷⁷ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 128; Klamert, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, S. 167.

¹⁷⁸ Brenncke, EuR 2015, 440, 451 ff.; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 16 f.; ders., Stat. L.R. 39 (2018), 134, 148 ff.

Abs. 3 AEUV gestützten, zulässigen Rechtsfortbildung beruhen.¹⁷⁹ Eine dieser Methodenregeln soll die Vermutung richtlinienkonformer Umsetzungsabsicht sein.¹⁸⁰ Gerichte seien unionsrechtlich verpflichtet, zu vermuten, der Gesetzgeber habe eine Richtlinie ordnungsgemäß umsetzen wollen, wenn die auszulegende Norm zur Umsetzung einer Richtlinie erlassen wurde oder der Mitgliedstaat auf eine Umsetzung verzichtet habe, weil er annahm, das ältere Recht sei bereits richtlinienkonform.¹⁸¹ Brenncke sieht es ebenfalls als unionsrechtlich geboten an, dass der vermutete generelle Wille gegenüber einer konkreten, unbewusst richtlinienwidrigen Regelungsabsicht vorrangig ist.¹⁸² Mörsdorf geht davon aus, dass die Richtlinien über einen unionsrechtlich gebotenen, fingierten gesetzgeberischen Willen in den gesetzgeberischen Regelungsplan einbezogen werden.¹⁸³ Es sei zwar methodisch „heikel“, als Gericht auf diesen Willen abzustellen. Er sieht die Gerichte jedoch aufgrund der EuGH-Urteile Wagner Miret und Pfeiffer als verpflichtet an, auf den fiktiven Rechtssetzungswillen abzustellen. Die *contra-legem*-Grenze sei jedoch erreicht, wenn der nationale Gesetzgeber sich mehr oder weniger deutlich weigere, eine Richtlinie umzusetzen.¹⁸⁴

Diesen Auffassungen, die über den Umsetzungswillen zu einer ausfüllungsbedürftigen Lücke gelangen, stehen zahlreiche Kritiker gegenüber. Ein vermuteter Umsetzungswille wird als bloße Fiktion abgelehnt.¹⁸⁵ Faktisch führe er zu einer generellen unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien im Privatrechtsverkehr.¹⁸⁶ Auch die konkrete Regelungsabsicht soll gegenüber dem Umsetzungswillen vorrangig sein.¹⁸⁷ Ein positiv festgestellter Umsetzungswille begründet also nach dieser Auffassung keine planwidrige Unvollständigkeit eines nationalen Gesetzes, wenn sich eine entgegenstehende konkrete Regelungsabsicht feststellen lässt. Habe sich der Gesetzgeber ausweislich der Materialien bewusst für eine bestimmte Regelung entschieden und dieser Absicht im Normwortlaut deutlich Ausdruck verliehen, könne eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nicht auf den daneben

¹⁷⁹ Brenncke, EuR 2015, 440, 450 f., 455 ff.; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 19 ff.; a. A. Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 61; Schürnbrand, JZ 2007, 910, 916; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 104.

¹⁸⁰ Brenncke, EuR 2015, 440, 447 ff.; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 14 ff.; ders., Stat. L. R. 39 (2018), 134, 138 ff.

¹⁸¹ Brenncke, EuR 2015, 440, 448.

¹⁸² Brenncke, EuR 2015, 440, 449; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 16; ders., Stat. L. R. 39 (2018), 134, 141 ff.

¹⁸³ Mörsdorf, EuR 2009, 219, 229.

¹⁸⁴ Mörsdorf, EuR 2009, 219, 230.

¹⁸⁵ Herresthal, JuS 2014, 289, 293; vgl. ders., Rechtsfortbildung, S. 315; ähnlich Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 255, dem zufolge die Vermutung der Richtlinienkonformität von Umsetzungsgesetzen eine bloße Fiktion ist.

¹⁸⁶ EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 84; vgl. ders., in: JbJZ 2009, S. 74, 103.

¹⁸⁷ Schürnbrand, JZ 2007, 910, 916 f.; Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2306 f.; Gsell, JZ 2009, 522, 523; Höpfner, JZ 2009, 403, 404 f.; Kamanabrou, AP Nr. 147 zu § 14 TzBfG unter III. 3. und 4.; vgl. Kroll-Ludwigs/Ludwigs, ZJS 2009, 123, 126 f.; wohl auch MüKoBGB/Lorenz, Vor § 474 Rn. 3; Suhr, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 278 ff., aber mit a. A. zum Verhältnis von einem konkreten Umsetzungswillen zur Regelungsabsicht.

real bestehenden oder gar bloß unterstellten generellen Umsetzungswillen gestützt werden.¹⁸⁸ Ein gegenteiliges Ergebnis überschreite die Grenzen der Funktionsverteilung von Legislative und Judikative gemäß Art. 20 Abs. 3 GG.¹⁸⁹ Zudem verstoße es gegen das Verbot, *contra legem* zu judizieren, wenn man den Umsetzungswillen mit dem Regelungswillen des Gesetzgebers gleichsetze.¹⁹⁰ Schließlich werde ansonsten das Verbot, *contra legem* zu judizieren, aufgegeben, da der einzig verbliebene Anwendungsfall praktisch nicht vorkomme: die offene Revolte gegen die Richtlinienvorgabe.¹⁹¹

Nach Franzen kann zwar vermutet werden, dass der nationale Gesetzgeber den Umsetzungsauftrag aus einer Richtlinie habe erfüllen wollen, wenn er eine Richtlinie umsetze.¹⁹² Kollidierten Regelungsabsicht und Umsetzungswille aber unbewusst, könne eine gesetzgeberische Entscheidung nicht ermittelt werden.¹⁹³ Die generelle Vermutung, die Richtlinie korrekt umsetzen zu wollen, gerinne zur reinen Fiktion. Er steht damit zwischen den Meinungsblöcken, da er im Falle einer unbewussten Kollision weder die Umsetzungs- noch die Regelungsabsicht als vorrangig ansieht.

Frieling setzt anders als viele Autoren an einem früheren Zeitpunkt als dem Verhältnis von Umsetzungs- zu Regelungswillen an: Der gesetzgeberische Wille sei ein normativ konstruierter Wille, der dem Gesetzgeber zugerechnet werden müsse.¹⁹⁴ Sowohl der konkrete¹⁹⁵ als auch der generelle Umsetzungswille sind seiner Auffassung nach aber nicht dem Gesetzgeber zurechenbar. Sie seien nur Prämisse¹⁹⁶ oder Motiv¹⁹⁷ für die Entscheidung des Gesetzgebers, nicht aber dessen Wille. Damit sind sie nach Frieling für die Frage der Planwidrigkeit irrelevant.¹⁹⁸

cc) Nationaler gesetzgeberischer Plan als alleiniger Maßstab bei subjektivem Auslegungsziel

Für die Vertreter einer subjektiven Auslegung ist es Ziel der Auslegung, den historischen Gesetzeszweck zu ermitteln. Dementsprechend richtet sich bei der Rechtsfortbildung die Planwidrigkeit nach dem Plan des historischen Gesetzgebers.

¹⁸⁸ Schürnbrand, JZ 2007, 910, 917; vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 258 f.; vgl. ders., in: JbJZ 2009, S. 74, 103.

¹⁸⁹ Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2306 f.; in diese Richtung auch Suhr, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 279.

¹⁹⁰ Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2307 f.

¹⁹¹ Schürnbrand, JZ 2007, 910, 916.

¹⁹² Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 303.

¹⁹³ Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 313.

¹⁹⁴ Frieling, in: JbJZ 2014, S. 37, 48.

¹⁹⁵ Er bezeichnet ihn als „Konformitätswillen“, vgl. Frieling, in: JbJZ 2014, S. 37, 53.

¹⁹⁶ Frieling, in: JbJZ 2014, S. 37, 57 ff.

¹⁹⁷ Frieling, in: JbJZ 2014, S. 37, 61 ff.; vgl. auch Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 215.

¹⁹⁸ Eingehend Frieling, in: JbJZ 2014, S. 37, 54 ff.

Das soll allein der des nationalen Gesetzgebers sein.¹⁹⁹ Beurteile man die Lücke im nationalen Recht anhand des europäischen Gesetzgebers, werde über die Hintertür eine generelle unmittelbare Wirkung von Richtlinien geschaffen. Zudem werde die Gesetzesbindung deutscher Gerichte unzulässig eingeschränkt und der deutschen Gesetzgebung ihre Normsetzungsprärogative abgesprochen.²⁰⁰ Sei ein Gesetz aus Sicht des nationalen Rechts lückenhaft, müsse diese Lücke richtlinienkonform ausgefüllt werden.²⁰¹ Das folge aus der auch die Gerichte treffenden Umsetzungspflicht. Richtlinien seien indes nicht geeignet, eine Lücke im nationalen Recht zu schaffen, da sie nur mittelbar anwendbare Rechtsquellen seien.²⁰² Damit widersprechen sie der insbesondere von Canaris vertretenen Auffassung, Richtlinien seien der Maßstab der Planwidrigkeit.²⁰³

III. Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Nach der in der Literatur herrschenden Auffassung besteht die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ab dem Zeitpunkt, in dem die Frist zur Richtlinienumsetzung abgelaufen ist.²⁰⁴ Das sei nur konsequent, wenn man die Pflicht mit der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten begründe.²⁰⁵ Würde die Pflicht früher einsetzen, begännen die Umsetzungsbemühungen von Judikative und Exekutive durch richtlinienkonforme Auslegung vor denen der Legislative.²⁰⁶ Dabei solle die Umsetzungsfrist den Legislativen der Mitgliedstaaten gerade Zeit für die Umsetzungsmaßnahmen geben, sodass ihnen innerhalb der Frist kein Vorwurf gemacht werden könne.²⁰⁷ Zwar bestehe die Pflicht zur Umsetzung bereits ab Inkrafttreten der Richtlinie. Fällig werde die Pflicht aber erst, wenn die Umsetzungsfrist ablaufe.²⁰⁸

¹⁹⁹ Vgl. Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 35; Höpfner, in: JbJZ 2009, S. 74, 96; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 912e.

²⁰⁰ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 912e.

²⁰¹ Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 35; Höpfner, in: JbJZ 2009, S. 74, 96.

²⁰² Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 34; Höpfner, in: JbJZ 2009, S. 74, 96 ff.

²⁰³ Siehe dazu 1. Teil 2. Kapitel C. II. 2. b) aa) (S. 70 f.).

²⁰⁴ Bach, JZ 1990, 1108, 1112; Jarass, EuR 1991, 211, 221; Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 300 ff.; Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 255 ff.; Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 26 ff.; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 55; Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 80; EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 59; vgl. Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 115 ff., der nur ausnahmsweise vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung annimmt, wenn nämlich sonst gegen das Frustrationsverbot verstoßen würde; dagegen für ein Bestehen der Pflicht ab Inkrafttreten der Richtlinie etwa Wölker, EuR 2007, 32, 44; für ein Bestehen der Pflicht ab Erlass des nationalen Umsetzungsgesetzes etwa Ehrlicke, EuZW 1999, 553, 554.

²⁰⁵ Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 80; EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 59.

²⁰⁶ Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 80.

²⁰⁷ EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 59.

²⁰⁸ Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 27; EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 59.

IV. Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Das deutsche Schrifttum übernimmt wie auch die deutsche Rechtsprechung die vom EuGH genannten Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfindung und konkretisiert sie.

1. Verbot der Rechtsfindung *contra legem* – nationale Methodenlehre als Grenze

Als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung wird regelmäßig das Verbot einer Auslegung *contra legem* genannt. Dieses soll im Zusammenhang mit dem Gebot der Rechtssicherheit stehen.²⁰⁹

Zunächst ist umstritten, ob das Verbot einen rein nationalrechtlichen Gehalt oder eigenständige unionsrechtliche Bedeutung hat. Für einen eigenständigen unionsrechtlichen Gehalt des Begriffs *contra legem* soll sprechen, dass der EuGH bereits früher betont hat, dass die richtlinienkonforme Rechtsfindung unter dem Vorbehalt stehe, nach den nationalen Auslegungsregeln möglich zu sein.²¹⁰ Erst später habe er die Aussage ergänzt, dass das Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts gebraucht werden dürfe. Das lege es nahe, dass mit dem Verbot der Auslegung *contra legem* eine eigenständige Aussage und kein bloß deklaratorischer Hinweis auf eine bereits bestehende Grenze verbunden sei. Es sei jedoch ungeklärt, welche Reichweite die unionsrechtliche *contra-legem*-Grenze habe.²¹¹

Nach anderer Ansicht richtet sich die *contra-legem*-Grenze zwar nach nationalem Recht. Das Unionsrecht soll aber beeinflussen, wann die nationale Grenze erreicht sei.²¹² Dieser Auffassung liegt die Annahme zugrunde, dass der EuGH europäische Methodenregeln aufgestellt habe. Dazu soll auch die in bestimmten Fällen²¹³ unionsrechtlich gebotene Vermutung zählen, der Gesetzgeber habe eine Richtlinie ordnungsgemäß umsetzen wollen. Diese Vermutungsregel beeinflusse die *contra-legem*-Grenze zwar nicht unmittelbar. Da jedoch der Wortlaut und der klar erkennbare gesetzgeberische Wille gemeinsam die Rechtsfindung begrenzen, dehne die unionsrechtliche Vermutungsregel den Bereich zulässiger Rechtsfindung aus.²¹⁴

²⁰⁹ Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2300 f.; Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 148.

²¹⁰ Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2301; vgl. Schürnbrand, JZ 2007, 910, 912, nach dem noch weiter zu konkretisieren ist, was „das Judizieren *contra legem* aus Sicht des Gemeinschaftsrechts ausmacht“.

²¹¹ Grosche/Höft, NJOZ 2009, 2294, 2301 f.

²¹² Brenncke, in: JbJZ 2014, S. 11, 30; ders., Stat. L. R. 39 (2018), 134, 143 ff.; vgl. ders., EuR 2015, 440, 443, 459.

²¹³ Vgl. Brenncke, EuR 2015, 440, 448 und ders., Stat. L. R. 39 (2018), 134, 139 f.

²¹⁴ Brenncke, in: JbJZ 2014, S. 11, 30; ders., Stat. L. R. 39 (2018), 134, 145.

Die herrschende Meinung in der Literatur betrachtet den Begriff *contra legem* schließlich allein aus nationaler Perspektive.²¹⁵ Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung werde durch die nationalen Methodenlehren begrenzt.²¹⁶ Das heißt, die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung soll nur so weit reichen, wie es die nationale Methodenlehre zulässt, ein Rechtsfindungsergebnis zu erreichen.

Begrenzen die nationalen Rechtsfortbildungsgrenzen die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung, ist umstritten, ob die tradierten nationalen Kompetenzgrenzen in Deutschland im Richtlinienkontext verschoben sind. Nach der herrschenden Meinung sind auch im Bereich der richtlinienkonformen Rechtsfindung die tradierten Rechtsfindungsgrenzen maßgeblich.²¹⁷ Zur Frage, wo die tradierten nationalen Rechtsfortbildungsgrenzen im Einzelnen liegen, gibt es wesentlich weitreichendere Ausführungen im Schrifttum. Jedoch dienen diese Grenzen und Ausführungen insbesondere dazu, die Kompetenzen von Judikative und Legislative abzugrenzen. Da dieser Kompetenzkonflikt mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand nicht relevant ist, wird nachfolgend nicht tiefergehend auf die nationalen Grenzen der Gesetzesfortbildung eingegangen. Anders als die herrschende Meinung nimmt insbesondere Herresthal eine Verschiebung der hergebrachten Kompetenzgrenzen im Bereich der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfindung an.²¹⁸ Das Grundgesetz enthalte in Art. 23 Abs. 1 S. 1 das verfas-

²¹⁵ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 91, 95 f.; *Unberath*, ZEuP 2005, 5, 7; *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 65; *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss Rn. 43; *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 103; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, Rn. 126; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 113; *Brenncke*, Stat. L.R. 39 (2018), 134, 144 hält die Kritik am EuGH, er habe die *contra-legem*-Grenze noch nicht näher definiert, daher für unberechtigt; vgl. *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 37, denen zufolge der EuGH auf eine nationalem Recht erwachsende Schranke verweist, wenn er das Verbot der Auslegung *contra legem* aufstellt; vgl. *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860, 898 f.; vgl. *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 371.

²¹⁶ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. I, S. 484 ff.; *Brenncke*, EuR 2015, 440, 442, 453; vgl. *Canaris*, in: FS R. Schmidt, S. 41, 58.

²¹⁷ *Schnorbus*, AcP 201 (2001), 860, 896 ff.; *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 95 f.; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 917; *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss Rn. 38; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 120. Ob neben dem unionsrechtlichen Vertrauensschutz auch Vertrauensschutz nach nationalem Recht gewährt werden kann, weil die nationalen Grundsätze des Vertrauensschutzes die Rechtsfindung nach der tradierten nationalen Methodenlehre begrenzen, ist umstritten, dagegen *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 61 ff. und *BVerfG* (K), Beschluss v. 10. 12. 2014 – 2 BvR 1549/07, NZA 2015, 375 Rn. 32 ff., dafür *BAG*, Urteil v. 1. 2. 2007 – 2 AZR 15/06, BeckRS 2011, 72103 Rn. 22 f., siehe dazu m. w. N. *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 52 ff.

²¹⁸ *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 301 ff.; vgl. auch *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 140 f.; a. A. *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 95 f.; *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 917; vgl. *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 124 f., der zufolge die Anerkennung einer interpretatorischen Vorrangregel zugunsten einer richtlinienkonformen Auslegung die *contra-legem*-Grenze verschiebt, wobei diese Verschiebung unzulässig sein soll, S. 207 ff.

sungsrechtliche Strukturprinzip der „integrierten Staatlichkeit“²¹⁹, was die überwiegende Auffassung ablehnt²²⁰, der zufolge Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG lediglich eine Staatszielbestimmung enthält.²²¹ Nach Herresthal soll es das Strukturprinzip erlauben, die judikative Rechtsgewinnung auszuweiten²²², da in der „integrierten Staatlichkeit“ die Rechtsfortbildungsgrenzen nicht mehr allein aus der Abgrenzung von Legislative und Judikative abzuleiten seien.²²³ Setze die Judikative Pflichten um, die Richtlinien entspringen, setze sie nicht eigene autonome Wertentscheidungen an die Stelle des Gesetzgebers, sondern sie setze die Wertentscheidung des demokratisch legitimierten europäischen Normgebers durch.²²⁴ Außerdem müsse der Gesetzgeber in der „integrierten Staatlichkeit“ damit rechnen, dass seine Normen strukturbedingt altern, da das Gemeinschaftsrecht normativ einwirke.²²⁵ Aufgrund dieser Besonderheiten bestimmt Herresthal die Grenzen judikativer Rechtsfortbildung bei gemeinschaftsrechtskonformer Rechtsfindung neu.²²⁶

2. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

Der EuGH-Rechtsprechung entsprechend stuft das Schrifttum auch den unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit als allgemeinen Rechtsgrundsatz ein, der die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung begrenzt, indem er das Vertrauen auf ein bestimmtes Normverständnis schützt.²²⁷ Neben dem Grundsatz der Rechtssicherheit im Allgemeinen werden auch seine speziellen Ausprägungen als Grenze angesehen – der Vertrauensschutz und das Rückwirkungsverbot.²²⁸

²¹⁹ Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 123 ff.

²²⁰ Schürnbrand, JZ 2007, 910, 917; Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 108 ff.; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 222 ff.

²²¹ Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 108 ff.; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 224.

²²² Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 301, 233; vgl. Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 140 f., dem zufolge der Gesetzgeber das Recht verloren habe, richtlinienwidrige Zwecke zu setzen, sodass das Argument des subjektiv-historischen Gesetzgeberwillens fallen zu lassen sei; a. A. Gsell, JZ 2009, 522, 524 Fn. 30.

²²³ Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 312.

²²⁴ Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 312 f.

²²⁵ Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 314.

²²⁶ Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 324, zu diesen Grenzen siehe S. 301 ff. und 324 ff.

²²⁷ Prechal, Directives in EC Law, S. 214; Gänswein, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 60; Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 145 ff.; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 35; vgl. Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 368, dem zufolge der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Gebot richtlinienkonformer Auslegung in praktische Konkordanz zu bringen sind.

²²⁸ Gänswein, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 60; Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 142 ff.; vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 281 f., nach dem das Rückwirkungsverbot „keine ‚Grenze‘ der richtlinienkonformen Auslegung“, sondern auf dritter Ebene eines dreistufigen Modells der Gesetzesauslegung (S. 143 ff.) zu berücksichtigen ist, sodass die Norm zunächst richtlinienkonform auszulegen, im Einzelfall aber nicht anzuwenden ist.

Das Gebot der Rechtssicherheit begrenze die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung nur, bevor eine Richtlinie in das nationale Recht umgesetzt sei.²²⁹ Dabei ist umstritten, ob der Grundsatz der Rechtssicherheit nur im vertikalen Verhältnis Bürger-Staat oder auch in horizontalen Verhältnissen zwischen Privatpersonen die Pflicht begrenzt. Der Berufung auf die Rechtssicherheit in horizontalen Verhältnissen wird entgegengehalten, dass in dieser Situation das Vertrauen beider Seiten gleichermaßen schutzwürdig sei.²³⁰ Die eine Seite vertraue darauf, dass die Richtlinie nicht angewendet werde, während die andere Seite auf die ordnungsgemäße legislative Richtlinienumsetzung vertraue. Treffe den Bürger indes eine hoheitliche belastende Maßnahme nur aufgrund einer legislativ nicht umgesetzten Richtlinie, sei der Grundsatz der Rechtssicherheit vorrangig.²³¹ Die andere Auffassung geht demgegenüber davon aus, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit auch in horizontalen Verhältnissen die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung begrenzen kann.²³² In einem horizontalen Rechtsverhältnis werde das Vertrauen beider Seiten auf das bisherige Normverständnis erschüttert, wobei die durch das geänderte Normverständnis erfolgende Begünstigung der einen Seite nicht schutzwürdig sei.²³³ Ein weiterer Begründungsansatz geht davon aus, dass sich das Vertrauen des Einzelnen darauf beziehe, durch eine nicht umgesetzte Richtlinie nicht direkt belastet zu werden.²³⁴ Daher müsse nicht zwischen horizontalen und vertikalen Rechtsbeziehungen, sondern zwischen mittelbaren und unmittelbaren Belastungen unterschieden werden. Eine richtlinienkonforme Rechtsfindung soll daher ausscheiden, wenn sie einer unmittelbaren Richtlinienwirkung gleichkommt.²³⁵

Nach anderer Lesart zielt das Gebot der Rechtssicherheit darauf, Verwerfungen ganzer Branchen durch eine nicht abzusehende Rechtsprechungsentwicklung zu verhindern.²³⁶ Daher sei ein erhebliches finanzielles Risiko erforderlich, um die zeitliche Wirkung einer Entscheidung zu beschränken.

Das Verständnis des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im Schrifttum weist häufig enge Parallelen zum Grundsatz der Rechtssicherheit auf. Der Grundsatz des

²²⁹ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 275, 277; Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 370 f.; Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. I, S. 480.

²³⁰ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 279; Kerwer, Gemeinschaftsrecht und Arbeitsgerichte, S. 391 ff.; so zum Vertrauensschutz als Grenze Müller/Christensen, Juristische Methodik Bd. I, S. 482; vgl. Hilf, EuR 1993, 1, 10f.

²³¹ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 277.

²³² Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 364; Gänswein, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 61; so zum Vertrauensschutz als Grenze Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 303 f. und Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 143 f.

²³³ Herresthal, Rechtsfortbildung, S. 304 für den Vertrauensschutz als Grenze.

²³⁴ Gänswein, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 61.

²³⁵ Franzen, Privatrechtsangleichung, S. 370, der zusätzlich eine Verletzung des Gebots transparenter und rechtssicherer Richtlinienumsetzung verlangt; Gänswein, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 61.

²³⁶ Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 147.

Vertrauensschutz soll das Vertrauen in ein bestimmtes Normverständnis schützen. Die Rechtsprechung des EuGH könne durch ihre Auslegung und Fortbildung des Unionsrechts eine Vertrauensposition schaffen, die enttäuscht werde, wenn der EuGH das Unionsrecht von diesem Verständnis abweichend auslege.²³⁷ In diesem Fall sei, wenn andernfalls schwerwiegende Störungen drohten, das Verständnis des Unionsrechts zugrunde zu legen, auf das der Einzelne in einem vertikalen und beide Parteien in einem horizontalen Rechtsverhältnis vertrauen durften.²³⁸ Daher soll auch die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung insoweit entfallen, wie der Vertrauensschutz einem geänderten Verständnis der Richtlinienbestimmung im Weg steht.²³⁹ Nach anderer Ansicht soll sich der Vertrauensschutz nicht auf eine geänderte Auslegung des Unionsrechts, sondern des nationalen Rechts beziehen.²⁴⁰

Als weitere Elemente der Rechtssicherheit werden das Rückwirkungsverbot²⁴¹ sowie der Bestimmtheitsgrundsatz²⁴² als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung genannt. Das Rückwirkungsverbot soll das Vertrauen in eine bestimmte Auslegung des Unionsrechts schützen, während der Bestimmtheitsgrundsatz verlangen soll, dass sich eine Verpflichtung des Einzelnen mit hinreichender Klarheit aus dem Unionsrecht und der nationalen Umsetzungsgesetze ergeben muss.²⁴³

3. Grundrechte als indirekte Grenze

Schließlich wird vereinzelt in den Unionsgrundrechten eine Grenze der richtlinienkonformen Rechtsfindung gesehen.²⁴⁴ Richtlinien müssten im Einklang mit den Unionsgrundrechten ausgelegt werden.²⁴⁵ Daher dürfe sich die richtlinienkonforme Rechtsfindung nicht auf ein Richtlinienverständnis stützen, das den

²³⁷ *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 302 f.; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 143; vgl. *Everling*, ZGR 1992, 376, 384, nach dem die Frage, ob Fälle denkbar sind, in denen der Vertrauensschutz die richtlinienkonforme Auslegung begrenzt, abstrakt schwer zu beantworten ist; allgemein zum Vertrauensschutz als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung *Herdegen*, WM 2005, 1921, 1927.

²³⁸ *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 302 f.

²³⁹ *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 304.

²⁴⁰ *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, S. 278.

²⁴¹ *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 60; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 143; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 35; *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 114.

²⁴² *Herdegen*, WM 2005, 1921, 1927; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 147 ff.

²⁴³ *Herdegen*, WM 2005, 1921, 1927; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 148.

²⁴⁴ *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 61 ff.; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 155 f.; *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 35; vgl. für die rahmenbeschlusskonforme Auslegung *Egger*, EuZW 2005, 652, 654.

²⁴⁵ *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 63; *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 155.

Unionsgrundrechten widerspreche.²⁴⁶ Die Grundrechte sollen somit das inhaltliche Verständnis der Richtlinie prägen, das Grundlage der richtlinienkonformen Rechtsfindung im nationalen Recht ist. Damit werden die Unionsgrundrechte als indirekte Grenze richtlinienkonformer Rechtsfindung angesehen.²⁴⁷ Unmittelbar sollen sie die unionsrechtliche Pflicht hingegen nicht begrenzen.

V. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung im deutschen Schrifttum

Das Meinungsbild zur Frage, warum die deutsche Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verpflichtet ist, ist vielfältig. Als unionsrechtliche Geltungsgründe des Gebots zur richtlinienkonformen Rechtsfindung werden Art. 288 Abs. 3 AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV, die Kombination aus Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV sowie der Rang des Unionsrechts genannt. Daneben soll sich das Gebot auch aus dem nationalen Recht herleiten lassen – aus Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 1 GG, aus dem Umsetzungswillen des Gesetzgebers oder früher aus einer Analogie zum mittlerweile aufgehobenen Art. 36 EGBGB. Nach der in der Literatur herrschenden Auffassung ist die Rechtsprechung ab dem Zeitpunkt zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verpflichtet, in dem die Umsetzungsfrist abgelaufen ist.

Das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung setzt das Schrifttum überwiegend im Wege einer interpretatorischen Vorrangregel um. Anstatt einer Abwägung der Auslegungskriterien soll dasjenige Auslegungskriterium absoluten Vorrang genießen, das zu einem richtlinienkonformen Auslegungsergebnis führt, soweit dadurch nicht die *contra-legem*-Grenze überschritten werde. Demgegenüber soll die Vorrangregel nach einer anderen Auffassung erst zu einem späteren Zeitpunkt im Auslegungsvorgang eingreifen: erst bei der Auswahl zwischen möglichen Auslegungsergebnissen. Das richtlinienkonforme Auslegungsergebnis soll Vorrang vor dem richtlinienwidrigen Ergebnis genießen.

Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung soll eine planwidrige Unvollständigkeit voraussetzen, wobei umstritten ist, wie die Planwidrigkeit zu beurteilen ist. Nach einer Ansicht soll bereits der Widerspruch zwischen dem nationalem Gesetz und der Richtlinie die Planwidrigkeit begründen. Andere gehen demgegenüber davon aus, dass der Umsetzungswille des Gesetzgebers zeige, dass ein grundsätzlich richtlinienwidriges Gesetz planwidrig unvollständig sei. Mit dem Umsetzungswillen ist die gesetzgeberische Absicht gemeint, eine Richtlinie ordnungsgemäß umzusetzen. Dabei ist aber umstritten, welche Anforderungen an den Umsetzungswillen zu stellen sind. Wiederum andere vertreten, dass die Regelungsabsicht, also die konkrete Sachentscheidung gegenüber dem Umsetzungswillen vorrangig ist.

²⁴⁶ Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 155 f.

²⁴⁷ Gänswein, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 63.

Schließlich sieht derjenige Teil des Schrifttums, der von einem subjektiven Ziel der Gesetzesauslegung ausgeht, den nationalen gesetzgeberischen Regelungsplan als maßgeblich an, um die Planwidrigkeit zu beurteilen.

Die im Schrifttum herrschende Auffassung geht in Übereinstimmung mit dem BAG davon aus, dass die Rechtsprechung nur im Rahmen der nationalen Methodenlehre zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verpflichtet ist. Zusätzlich sollen der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit sowie dessen spezielle Ausprägungen des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung begrenzen. Jedoch ist umstritten, ob der Grundsatz der Rechtssicherheit auch in horizontalen Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen gilt.

D. Prämissen für die weitere Untersuchung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Gesetzen

I. Geltungsgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Für den weiteren Fortgang der Untersuchung ist es wichtig, den Geltungsgrund des Gebots richtlinienkonformer Rechtsfindung zu bestimmen. Davon ausgehend kann im zweiten Teil untersucht werden, ob auch bei Tarifverträgen ein Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung besteht.

1. Art. 288 Abs. 3 AEUV als unionsrechtlicher Geltungsgrund

Art. 288 Abs. 3 AEUV enthält für die Mitgliedstaaten und deren innerstaatliche Stellen die Pflicht, Richtlinien umzusetzen. Diese Pflicht richtet sich nicht nur an die Legislative, sondern auch an die Judikative. Der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV lässt es ohne Weiteres zu, auch Gerichte als verpflichtet anzusehen. Auch sie fallen unter den Begriff der innerstaatlichen Stelle. Außerdem bezweckt es Art. 288 Abs. 3 AEUV, dass Richtlinien vollständig umgesetzt werden, damit das von der Richtlinie vorgeschriebene Ergebnis²⁴⁸ erreicht wird. Beschränkt man die Pflicht lediglich auf die Legislative, wird die Erreichung des Ergebnisses gefährdet, ohne dass es dafür zwingende Anhaltspunkte in der Norm gibt. Umfasst die Pflicht nicht auch die nationalen Gerichte, könnte nur die Legislative eine unzureichende oder unzutreffende Richtlinienumsetzung beheben. Der Zweck von

²⁴⁸ Überzeugend *Ipsen*, in: FS Ophüls, S. 67, 73 f., der darlegt, warum der Begriff „Ergebnis“ passender ist als der in Art. 288 Abs. 3 AEUV und seinen Vorgängernormen verwendete Begriff „Ziel“.

Richtlinien, das Recht anzugleichen, würde zumindest zeitweise gefährdet, bis die Legislative tätig wird. Gerichte können einen richtlinienkonformen Zustand demgegenüber wesentlich schneller herstellen als der Gesetzgeber. Dieser wird in der Regel erst auf potentiell richtlinienwidrige Normen aufmerksam, nachdem Gerichte zu den Normen geurteilt haben. Der Zweck des Rechtssetzungsinstruments Richtlinie wird daher nur dann möglichst umfassend erfüllt, wenn auch Gerichte in die Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV einbezogen werden.²⁴⁹ Die nationalen Gerichte sind daher gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, *im Rahmen ihrer Zuständigkeit* dafür zu sorgen, dass Richtlinien möglichst umfassend umgesetzt werden. Das umfasst die Pflicht, nationales Recht richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

2. Ablehnung des Art. 4 Abs. 3 EUV als Geltungsgrund richtlinienkonformer Rechtsfindung

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung kann nicht auf Art. 4 Abs. 3 EUV gestützt werden. Einem Rückgriff auf Art. 4 Abs. 3 EUV wird unter anderem entgegengehalten, dass auf diese Weise nicht begründet werden könne, warum die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung erst beginne, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen sei.²⁵⁰ Wenn man der Auffassung folgt, dass die Pflicht erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist einsetzt, kann gegen Art. 4 Abs. 3 EUV als alleinigen Geltungsgrund berechtigterweise eingewendet werden, dass Art. 4 Abs. 3 EUV nicht nach verschiedenen Zeitpunkten differenziert. Das Argument ist aber für sich genommen nicht tragfähig, weil der Zeitpunkt des Pflichtbeginns weder ausdrücklich geregelt ist noch einheitlich beurteilt wird. Bereits für sich genommen ist dagegen der Hinweis von Herrmann überzeugend, Art. 10 EGV (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV) setze voraus, dass die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung aus den Verträgen oder Organhandlungen treffe.²⁵¹ Damit Art. 10 EGV (Art. 4 Abs. 3 EUV) Geltungsgrund für die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung sein könne, müsse sich die Verpflichtung daher entweder bereits aus Art. 249 Abs. 3 EGV (Art. 288 Abs. 3 AEUV) oder den Richtlinien ergeben. Ergebe sich die Verpflichtung bereits daraus, sei fraglich, wieso noch auf Art. 4 Abs. 3 EUV zurückgegriffen werden solle. Richtigerweise ist der Rückgriff auf Art. 4 Abs. 3 EUV gespermt, weil Art. 288 Abs. 3 AEUV ihm gegenüber *lex specialis* ist. Das gilt sowohl für Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV als auch dessen UAbs. 3.

²⁴⁹ Vgl. Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 56: Die Umsetzungspflicht wäre in einem wesentlichen Teilbereich unvollständig und insoweit ineffizient, beziehe man nicht auch die Rechtsprechung ein; vgl. Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 35.

²⁵⁰ Suhr, Richtlinienkonforme Auslegung, S. 221.

²⁵¹ Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 109 f.

3. Ablehnung einer dem Grundgesetz entspringenden Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Zur Bindung an Recht und Gesetz gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gehört die Bindung an unmittelbar wirkendes Unionsrecht. An das unionsrechtliche Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfindung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind die deutschen Gerichte daher gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Selbst wenn man auch Richtlinien als Gesetze im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG einstufte, wäre Art. 20 Abs. 3 GG jedoch kein Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu entnehmen. Allein aus der Bindung an Richtlinien folgt kein Gebot zur Konformauslegung. Wohl auch deswegen wird zusätzlich auf Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG abgestellt, um das Gebot zu begründen. Das BVerfG entnimmt Art. 23 Abs. 1 GG i. V. m. der Präambel des Grundgesetzes den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.²⁵² Diesen Grundsatz zieht es heran, um zu begründen, warum es seine Prüfungskompetenz in Bezug auf Rechtsakte europäischer Institutionen zurücknimmt.²⁵³ Der Anwendungsbereich dieses Grundsatzes ist bislang eng. Voßkuhle spricht davon, dass sich heute noch nicht ganz absehen lasse, „wie viel Direktionskraft dem Postulat der Europarechtsfreundlichkeit im Einzelfall“ innewohne und rückt es in die Nähe des *effet utile* auf Unionsebene.²⁵⁴ Aus dem Grundsatz einer europarechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes nun aber ein Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung für das *einfache Recht* abzuleiten, würde den Anwendungsbereich massiv ausweiten und ist in besonderem Maße begründungsbedürftig. Eine solche Begründung hat die Literatur bislang, soweit ersichtlich, nicht geliefert. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird jedenfalls davon ausgegangen, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung nicht auf Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 S. 1 GG gestützt werden kann.

4. Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aufgrund des gesetzgeberischen Umsetzungswillens abhängig vom Ziel der Gesetzesauslegung

Erlässt der Gesetzgeber ein Gesetz, um eine Richtlinie umzusetzen, kann man vermuten, dass er das Gesetz richtlinienkonform ausgestalten möchte. Andernfalls würde der Mitgliedstaat seine unionsrechtliche Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV verletzen, sich einem Vertragsverletzungsverfahren aussetzen und unter Umständen Schadensersatz zahlen müssen. Welche Bedeutung dem Willen des Gesetzgebers bei der Auslegung überhaupt zugemessen wird, hängt aber davon ab, was

²⁵² BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08, 182/09 (Lissabon), BVerfGE 123, 267 Rn. 225 = NJW 2009, 2267.

²⁵³ BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08, 182/09 (Lissabon), BVerfGE 123, 267 Rn. 240 ff. = NJW 2009, 2267; BVerfG, Beschluss v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), BVerfGE 126, 286, 303 ff. = NJW 2010, 3422.

²⁵⁴ Voßkuhle, NVwZ-Beilage 2013, 23, 28.

man als Ziel der Gesetzesauslegung begreift.²⁵⁵ Von dieser Entscheidung hängt auch ab, ob ein etwaiger Umsetzungswille Geltungsgrund für die richtlinienkonforme Rechtsfindung sein kann.

Folgt man der Auffassung, dass Gesetze nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers auszulegen sind, ergibt sich durch die richtlinienorientierte Auslegung keine Pflicht für die Gerichte, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.²⁵⁶ Das wird unter anderem damit begründet, dass die Methodenregeln in Deutschland nicht den Rang einer Rechtsnorm einnehmen.²⁵⁷ Sie seien weder kodifiziert noch Gewohnheitsrecht und daher nicht normativ verbindlich.²⁵⁸ Nach Larenz etwa ist der Wille des Gesetzgebers im Rahmen der historischen Auslegung zu berücksichtigen.²⁵⁹ Die Berücksichtigung des Umsetzungswillens im Rahmen richtlinienorientierter Auslegung kann zwar zu richtlinienkonformen Ergebnissen führen. Das ist aber selbst dann kein rechtlich zwingendes Ergebnis, wenn man eine interpretatorische Vorrangregel annimmt, da der Umsetzungswille in den Konflikt mit dem Regelungswillen treten und oft gegenüber diesem zurücktreten wird.²⁶⁰ Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aufgrund eines etwaigen Umsetzungswillens scheidet daher aus.

Folgt man dagegen der Auffassung, dass das Ziel der Gesetzesauslegung subjektiv zu bestimmen ist, wird die Verbindlichkeit des gesetzgeberischen Willens oft mit Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG begründet.²⁶¹ Selbst wenn die Gesamtheit der Methodenregeln nicht verbindlich ist, besteht nach dieser Auffassung eine verfassungsrechtliche Pflicht, den gesetzgeberischen Willen vorrangig zu berücksichtigen. Folgt man dieser Auffassung, hängt eine auf den Umsetzungswillen gestützte Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung davon ab, wie man zwei Fragen beantwortet:²⁶² Besitzt der Gesetzgeber tatsächlich generell den Willen, Richtlinien ordnungsgemäß umzusetzen? Und wie verhält sich dieser generelle Wille zu einem etwaigen konkreten Regelungswillen?

²⁵⁵ Vgl. dazu etwa *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 627 ff. und *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 796 ff.

²⁵⁶ *Canaris*, in: FS Bydlinki, S. 47, 51; *Herresthal*, JuS 2014, 289, 293; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 254 ff. lehnt eine auf den Umsetzungswillen gestützte Pflicht vom Standpunkt der subjektiven Auslegungstheorie ab.

²⁵⁷ *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 311, 313; *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 111; vgl. zur fehlenden Verbindlichkeit der Methodenregeln in Deutschland *Larenz*, Methodenlehre, S. 248 und *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. I, Rn. 429.

²⁵⁸ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 248.

²⁵⁹ *Larenz*, Methodenlehre, S. 328 ff.

²⁶⁰ Zur interpretatorischen Vorrangregel siehe 1. Teil 2. Kapitel D.III. 1. (S. 86); zum Verhältnis von Umsetzungs- und Regelungswillen siehe 1. Teil 2. Kapitel D.III. 2. (S. 86 ff.).

²⁶¹ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 51 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 103 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 705 ff., 717 ff.

²⁶² Vgl. *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 256 ff., der davon ausgeht, dass es sich um eine „richtlinienorientierte“ und nicht um eine „richtlinienkonforme“ Auslegung handelt, da ein Umsetzungswille einem etwaigen missglückten Wortlaut schon im Wege der herkömmlichen Auslegung vorgehe.

Was Ziel der Gesetzesauslegung ist, ist eine der umstrittensten Fragen der Methodenlehre. Stünde die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen im Fokus der Untersuchung, müsste entschieden werden, ob das Ziel der Gesetzesauslegung subjektiv oder objektiviert zu bestimmen ist. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht allerdings die richtlinienkonforme Rechtsfindung bei Tarifverträgen. Dort ist anerkannt, dass es Ziel der Auslegung ist, den tatsächlichen Willen der Tarifvertragsparteien zu ermitteln.²⁶³ Das Auslegungsziel wird also subjektiv bestimmt. Inwieweit ein etwaiger Konformitätswille der Tarifvertragsparteien die Rechtsprechung daher verpflichtet, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung thematisiert.²⁶⁴

5. Mittelbare Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aufgrund des Rangs des Umsetzungsbefehls

Geht man, wie in dieser Untersuchung vertreten²⁶⁵, davon aus, dass eine interpretatorische Vorrangregel zugunsten der richtlinienkonformen Auslegungsmethode besteht und begründet man diese mit dem Rang des Umsetzungsbefehls, ist es legitim, im Rang des Umsetzungsbefehls *einen* Anknüpfungspunkt für das Gebot zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu erkennen. Wie Suhr auf den „Rang des Gemeinschaftsrechts“ abzustellen, ist indes unpräzise, da der Rang des Gemeinschafts- und nunmehr des Unionsrechts nicht die Vorrangregel begründet, sondern der Rang des Umsetzungsbefehls. Die über den „Umweg“ der nationalen Methodenlehre vermittelte Pflicht erklärt diese auch nicht umfassend. Stellt man isoliert auf den *Rang* des Umsetzungsbefehls ab und nicht auf den Umsetzungsbefehl selbst, bleibt etwa offen, ab wann die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung gilt. Der Rang des Umsetzungsbefehls kann das „Ob“ der Pflicht in Deutschland zwar begründen, aber nicht, welchen Inhalt die Pflicht hat.

II. Inhalt der unionsrechtlichen Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die mitgliedstaatlichen Gerichte, das gesamte nationale Recht in einer Weise auszulegen und fortzubilden, die möglichst weitgehend den Richtlinienvorgaben entspricht. Die Pflicht umfasst also auch Normen, die erlassen wurden, bevor die betreffende Richtlinie in Kraft getreten ist. Um der Pflicht nachzukommen, muss die Rechtsprechung alle ihr zur Verfügung stehenden Mittel der Rechtsfindung ausschöpfen.

²⁶³ Siehe zu den Grundsätzen der Tarifvertragsauslegung 1. Teil 3. Kapitel A. (S. 92 ff.)

²⁶⁴ Siehe 2. Teil 3. Kapitel A. (S. 199 ff.).

²⁶⁵ Siehe 1. Teil 2. Kapitel D. III. 1. (S. 86).

III. Umsetzung in der deutschen Methodenlehre

1. Richtlinienkonforme Auslegung als interpretatorische Vorrangregel

In Deutschland ist das Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung auf Ebene der Auslegung mittels einer interpretatorischen Vorrangregel bis zur *contra-legem*-Grenze umzusetzen. Grundsätzlich sind die verschiedenen Auslegungskriterien abzuwägen, um zum Ergebnis der Auslegung zu gelangen. Die interpretatorische Vorrangregel führt hingegen dazu, dass die Auslegungskriterien, die zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führen, absolut vorrangig sind. Damit greift die interpretatorische Vorrangregel im Auslegungsvorgang eine Stufe früher ein als der Ergebnisvorrang. Dieser ist eine Auswahlregel zwischen verschiedenen möglichen Auswahlergebnissen.

Regelmäßig werden die beiden Vorrangregeln zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dass die interpretatorische Vorrangregel ein richtlinienkonformes Ergebnis herbeiführt und der Ergebnisvorrang nicht, ist ein Ausnahmefall. Dazu muss das einzige Auslegungskriterium, das zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führt, ein so geringes Gewicht im Rahmen der Abwägung haben, dass ein auf das Kriterium gestütztes Auslegungsergebnis unmöglich ist. Mangels richtlinienkonformer Auslegungsergebnisse kann der Ergebnisvorrang dann kein richtlinienkonformes Auslegungsergebnis begründen. Zugleich darf trotz des geringen Gewichts des Auslegungskriteriums die *contra-legem*-Grenze nicht erreicht sein.

Die interpretatorische Vorrangregel ist auf den auch an die Rechtsprechung gerichteten Umsetzungsbefehl aus Art. 288 Abs. 3 AEUV zurückzuführen. Dieser nimmt am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil. Er verpflichtet die nationalen Gerichte, die Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das von ihr vorgeschriebene Ergebnis zu erreichen. Die Formulierung „so weit wie möglich“ ist auch Grund dafür, dass eine Vorrangregel bereits im Rahmen des Auslegungsvorgang und nicht erst bei der Auswahl zwischen Auslegungsergebnissen besteht. Während die beiden Vorrangregeln regelmäßig zu gleichen Ergebnissen gelangen werden, gibt es den zuvor geschilderten Ausnahmefall, sodass die interpretatorische Vorrangregel in geringem Maße zu mehr richtlinienkonformen Auslegungsergebnissen führt. Sie wird somit der unionsrechtlichen Vorgabe besser gerecht.

2. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

Um ein Gesetz fortbilden zu können, braucht es eine planwidrige Unvollständigkeit. Die Rechtsordnung ist unvollständig, wenn sie nach erfolgter Auslegung eine Regelung nicht enthält.

Wie bereits zuvor ausgeführt, ist es für die weitere Untersuchung unerheblich, ob das Ziel der Gesetzesauslegung objektiv oder subjektiv bestimmt wird. Da das

Ziel der Gesetzesauslegung darüber entscheidet, welcher Plan bei der Rechtsfortbildung zugrunde zu legen ist, wird keine Stellung zum Maßstab der Planwidrigkeit bei der Gesetzesfortbildung bezogen. Für die Frage der Planwidrigkeit bei Tarifverträgen wird es auf den Willen der Tarifvertragsparteien ankommen, da bei der Tarifvertragsauslegung der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien maßgeblich ist.²⁶⁶ Daher konzentrieren sich die nachfolgenden Äußerungen darauf, die Ausführungen in Rechtsprechung und Schrifttum zum Einfluss des gesetzgeberischen Willens auf die Rechtsfortbildung und insbesondere das Verhältnis der verschiedenen Willenselemente zueinander zu bewerten. Damit ist nicht gesagt, dass der gesetzgeberische Wille das entscheidende Kriterium ist, um die Planwidrigkeit einer Gesetzesunvollständigkeit zu beurteilen.

Mit Willensfiktionen zu arbeiten, ist im Bereich der Gesetzesfortbildung problematisch. Aus Gründen der Gewaltenteilung darf die Judikative der Legislative nicht unterstellen, einen bestimmten Willen zu besitzen. Dieser Wille muss vielmehr positiv festgestellt werden. Eine Pflicht nationaler Gerichte, zu vermuten, dass nationale Gesetzgeber Richtlinien ordnungsgemäß umsetzen wollen,²⁶⁷ besteht nicht. In diese Richtung weist bereits die Entscheidung in der Rechtssache Adeneler. Tauchte der Textblock zum vermuteten Umsetzungswillen in vorangehenden Urteilen noch auf, unterließ der EuGH Ausführungen dazu in Adeneler, obwohl sich das Urteil ausführlich zur richtlinienkonformen Rechtsfindung und im Kontext mit dieser Entscheidung aufgetretenen Fragestellungen äußert. Davon abgesehen übersteigt es bereits die Kompetenz der nationalen Judikative und erst recht die des EuGH, dem nationalen Gesetzgeber mittels einer „Methodenregel“ einen Willen zu unterstellen. Eine unionsrechtliche Pflicht der nationalen Gerichte, dem nationalen Gesetzgeber zu unterstellen, Richtlinien ordnungsgemäß umsetzen zu wollen, überschreitet die Grenzen der Rechtsfortbildung.²⁶⁸

Der positiv festgestellte generelle Wille, mit einem Gesetz eine Richtlinie umsetzen zu wollen, ist gegenüber einer konkreten Regelungsabsicht nicht vorrangig. Die generelle Umsetzungsabsicht ist Motiv der Regelungsentscheidung, aber nicht selbst die Entscheidung. Das gilt auch für den Fall, dass sich der Gesetzgeber konkret mit der Richtlinienkonformität einer von ihm verabschiedeten Norm beschäftigt hat. Damit sich der Gesetzgeber mit der Richtlinienkonformität seines Gesetzes auseinandersetzen kann, muss er sich im ersten Schritt darüber im Klaren sein, was die Richtlinie als Ergebnis vorschreibt. Bedarf für richtlinienkonforme Rechtsfortbildung besteht insbesondere dann, wenn die Richtlinienauslegung des Gesetzgebers der des EuGH widerspricht. In diesem Fall stellt sich eine vom Ge-

²⁶⁶ Siehe 1. Teil 3. Kapitel A. (S. 92 ff.).

²⁶⁷ So lautet eine „europäische Methodenregel“ nach Brenncke, EuR 2015, 440, 447 ff., *ders.*, EuR 2015, 440, 449 und *ders.*, in: JbJZ 2014, S. 11, 14 ff.

²⁶⁸ Dazu auch näher 2. Teil 3. Kapitel A. III. 2. b) (S. 206 ff.); vgl. Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 94 f., 101; vgl. allgemein zu den Grenzen der Primärrechtsfortbildung Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 227 ff.; a. A. Brenncke, EuR 2015, 440, 455 ff. und *ders.*, in: JbJZ 2014, S. 11, 26 ff.

setzgeber gemachte Annahme – welches Ergebnis die Richtlinie vorschreibt – als falsch heraus. Diese falsche Annahme ändert aber nichts an der getroffenen Regelungsentscheidung. Die Regelungsentscheidung ist nach wie vor maßgeblich.

Hält man den generellen oder konkreten Umsetzungswillen für vorrangig vor der Regelungsabsicht, gerät man zudem in Konflikt mit dem in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verankerten Demokratieprinzip. Sieht man einen positiv festgestellten Umsetzungswillen als vorrangig an, eröffnet das den Raum für eine Rechtsfortbildung. Diesen Raum würde die deutsche Rechtsprechung dazu nutzen, die Judikatur des EuGH möglichst umfassend umzusetzen. Wie die Rechtsprechung den Raum nutzen wird, kann der Gesetzgeber in dem Zeitpunkt, in dem er das Gesetz verabschiedet, jedoch nicht absehen, da die Auslegung von Richtlinien erst feststeht, nachdem der EuGH geurteilt hat. Ein positiv festgestellter Umsetzungswille, der sich gegenüber der Regelungsabsicht durchsetzt, gleicht daher faktisch einer Blanko-Ermächtigung der nationalen Gerichte, die Rechtsprechung des EuGH umzusetzen – egal wie diese ausfällt.²⁶⁹ Damit wäre der Gesetzgeber faktisch seiner Regelungskompetenz teilweise entledigt, die stattdessen die Rechtsprechung wahrnehmen würde.²⁷⁰ Die gesetzgeberischen Entscheidungen stünden zur Disposition des EuGH und der diesem folgenden nationalen Gerichte, ohne dass bei Verabschiedung des Gesetzes abzusehen wäre, wie die Entscheidung des EuGH aussehen wird. Das ist nicht nur vor dem Hintergrund des Parlamentsvorbehalts und unter dem Gesichtspunkt demokratischer Legitimation von Gesetzesinhalten problematisch. Eine solche Sichtweise gerät auch in Konflikt mit der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Gebot der Rechtssicherheit: Für den Bürger würden dann weder der Normtext noch die vom Gesetzgeber verfolgten und bekundeten Intentionen eine hinreichende Vertrauensbasis bilden.²⁷¹

IV. Zeitlicher Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und der im deutschen Schrifttum herrschenden Auffassung ist davon auszugehen, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ab dem Zeitpunkt besteht, in dem die Umsetzungsfrist abläuft. Das ist darauf zurückzuführen, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung aus Art. 288 Abs. 3 AEUV abzuleiten ist. Die Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV trifft die Mitgliedstaaten zwar bereits, wenn eine

²⁶⁹ Vgl. *Herdegen*, WM 2005, 1921, 1929 zur Auslegungsoffenheit von Gesetzen, die auf die Vermutung gestützt wird, der Gesetzgeber habe richtlinienkonform handeln wollen: „Der innerstaatliche Normbefehl würde dann zu einer dynamischen Verweisung auf die Richtlinie in ihrer jeweils vom EuGH gegebenen Auslegung“.

²⁷⁰ Vgl. *Piekenbrock/Schulze*, WM 2002, 521, 527, die von einer „Entmündigung des Gesetzgebers bei Offenbarwerden seiner Irrtümer“ sprechen.

²⁷¹ *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 916; vgl. *Herdegen*, WM 2005, 1921, 1929.

Richtlinie in Kraft tritt. Aber erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Umsetzungsfrist abläuft, verletzt ein Mitgliedstaat seine unionsrechtliche Pflicht. Höpfner beschreibt das mit den Worten, dass die Pflicht erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist „fällig“ wird.²⁷² Ab dem Zeitpunkt der „Fälligkeit“ sind die nationalen Gerichte verpflichtet, richtlinienkonform Recht zu finden.

V. Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung

Die Art. 288 Abs. 3 AEUV entspringende Pflicht nationaler Gerichte zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ist nicht grenzenlos.

1. Verbot der Rechtsfindung *contra legem* – nationale Methodenlehre als Grenze

Das Unionsrecht respektiert die nationale Zuständigkeitsverteilung zwischen der Judikative und den übrigen Gewalten. Es wäre auch nicht befugt, die Zuständigkeitsverteilung zu verändern. Daher verpflichtet Art. 288 Abs. 3 AEUV die nationalen Gerichte nicht dazu, ihre Zuständigkeiten zu überschreiten. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung reicht also nur so weit, wie der Judikative innerstaatlich die Kompetenz zur Rechtsprechung zusteht. Praktisch grenzt die nationale Methodenlehre die Zuständigkeit der Judikative gegenüber den Zuständigkeiten der anderen Staatsgewalten ab. Die nationalen Gerichte sind daher nur innerhalb der ihnen von den nationalen Methodenlehren zur Verfügung gestellten Möglichkeiten verpflichtet, das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung endet dort, wo die Rechtsfindung *contra legem* nach nationalem Verständnis beginnt.

Entgegen der Auffassung von Herresthal sind die nationalen Kompetenzgrenzen im Richtlinienkontext nicht verschoben. Er strapaziert die Bedeutung von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG über, wenn er darin ein Strukturprinzip sieht, das geeignet sein soll, die judikative Rechtsgewinnung auszuweiten. Mehrere Untersuchungen haben überzeugend dargelegt, warum Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG lediglich eine Staatszielbestimmung enthält.²⁷³ Nicht nur der Wortlaut mit seiner Formulierung „wirkt [...] bei der Entwicklung [...] mit“ ist zurückhaltend.²⁷⁴ Insbesondere die Entstehungsgeschichte zeigt deutlich, dass in Art. 23 Abs. 1 GG lediglich ein Staatsziel

²⁷² EuArbR/Höpfner, Art. 288 AEUV Rn. 59.

²⁷³ Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 108 ff.; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 224; i. E. ebenso das verfassungsrechtliche Schrifttum, vgl. etwa Maunz/Dürig/Scholz, Art. 23 GG Rn. 5, 50, Sachs/Streinz, Art. 23 GG Rn. 10 und Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Hillgruber, Art. 23 GG Rn. 9 f.

²⁷⁴ Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 110 f.; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 222 f.

verankert werden sollte.²⁷⁵ Mehrere am Normsetzungsprozess beteiligte Akteure erklären ausdrücklich, dass in Art. 23 Abs. 1 GG ein „Staatsziel“ oder eine „Staatszielbestimmung“ aufgenommen werden sollte.²⁷⁶

2. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz

Der Grundsatz der Rechtssicherheit und der sich daraus ableitende²⁷⁷ Grundsatz des Vertrauensschutzes begrenzen die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung. Diese Grenzen sind als allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts anerkannt.

Der weiteren Untersuchung wird das inhaltliche Verständnis des EuGH der Grundsätze zugrunde gelegt.²⁷⁸ Das Vertrauen auf ein bestimmtes Normverständnis ist somit nur ausnahmsweise mit der Folge schutzwürdig, dass eine richtlinienkonforme Rechtsfindung zu unterbleiben hat. Zunächst müssen die Betroffenen vernünftigerweise darauf vertraut haben dürfen, dass das Verständnis der nationalen Bestimmung richtlinienkonform ist.²⁷⁹ In der Folge müssen die Betroffenen das Rechtsverhältnis gutgläubig eingegangen sein. Trotz des guten Glaubens hat die richtlinienkonforme Rechtsfindung jedoch nur dann zu unterbleiben, wenn andernfalls schwerwiegende wirtschaftliche Störungen drohen, die insbesondere mit der großen Zahl gutgläubig eingegangener Rechtsverhältnisse zusammenhängen.

Dieser Vertrauensschutz ist auch in Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen zu gewähren. Es bestehen keine Gründe, horizontale Rechtsverhältnisse vom Schutz durch die allgemeinen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes auszunehmen.²⁸⁰ Die zeitliche Beschränkung der richtlinienkonformen Rechtsfindung setzt voraus, dass auf beiden Seiten des Rechtsverhältnisses berechtigtes Vertrauen vorhanden war und dass beide Seiten das Rechtsverhältnis gutgläubig eingegangen sind. Stellt sich später heraus, dass eine Richtlinienbestimmung anders zu verstehen ist, begünstigt das zwar in aller Regel eine Partei des Rechtsverhältnisses. Damit entfällt jedoch das Vertrauen dieser Partei nicht rückwirkend, sodass sich die andere Partei weiterhin auf den Vertrauensschutz berufen kann.

²⁷⁵ Dazu näher *Weber*, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 111 ff. und *Baldauf*, Richtlinienverstoß, S. 223; a. A. *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 127, der die Einordnung als „Staatsziel“ im Normsetzungsprozess lediglich als „rechtspolitisches Verständnis und damit eine tendenziell untechnische Begriffsverwendung“ ansieht.

²⁷⁶ BT-Drs. 12/6000, S. 20; BT-Drs. 12/3896, S. 17; BT-Drs. 12/3338, S. 6.

²⁷⁷ So auch *EuGH*, Urteil v. 13. 10. 2016 – C-231/15 (*Petrotel*), NVwZ 2017, 299 Rn. 29.

²⁷⁸ Vgl. *Schaer*, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, S. 35 ff. zum Verhältnis beider Grundsätze zueinander in der Rechtsprechung des EuGH.

²⁷⁹ Vgl. *Schaer*, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, S. 46 f.

²⁸⁰ Vgl. zur Begründungslast *Herresthal*, Rechtsfortbildung, S. 303.

3. Kapitel

Maßstäbe der Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Der Frage, ob Tarifverträge richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet werden müssen, ist eine andere Frage logisch vorgeschaltet: Nach welchen Maßstäben werden Tarifverträge ausgelegt und fortgebildet? Diese Frage betrifft die Kompetenzverteilung zwischen den Tarifvertragsparteien und staatlichen Gerichten. Inwieweit sind die Vorstellungen der Tarifvertragsparteien, die ihre in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie entfalten, für die staatlichen Gerichte maßgeblich? Diese Frage ist für die Untersuchung wichtig, da die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung nur so weit reicht, wie die Rechtsfindung nach nationaler Methodenlehre zulässig ist.¹ Die unionsrechtliche Pflicht respektiert also die nationale Entscheidung darüber, wie die Rechtsetzungsmacht in einem Mitgliedstaat verteilt ist. Sollten deutsche Gerichte gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet sein, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, begrenzen die nationalen Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung daher die unionsrechtliche Pflicht. Die nationale Methode der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung gibt den Spielraum vor, innerhalb dessen die Gerichte für Arbeitssachen eine etwaige unionsrechtliche Pflicht erfüllen müssen. Außerhalb des durch die nationale Methodik vorgegebenen Spielraums besteht keine unionsrechtliche Pflicht der Gerichte, ein richtlinienkonformes Ergebnis herbeizuführen.

Das Schrifttum beschäftigt sich in einer Vielzahl an Beiträgen, die Rechtsprechung in zahlreichen Urteilen mit den Maßstäben der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung – insbesondere mit der Auslegung und Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils. Bislang ist die Diskussion aber, obwohl sie seit langer Zeit geführt wird, nicht in einen Standpunkt gemündet, auf den sich viele Teile von Rechtsprechung und Schrifttum einigen können. Nachfolgend werden die wesentlichen Positionen zu den Maßstäben der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung dargestellt. Im Anschluss an diese Darstellung soll keine eigenständige, alle Einzelaspekte umfassende Position entwickelt werden, da bereits die Suche nach dem „richtigen“ Maßstab der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung ganze Dissertationen füllt.² Vielmehr werden Prämissen zur Tarifvertragsauslegung und -fortbildung

¹ Siehe zuvor 1. Teil 2. Kapitel D. V. 1. (S. 89 f.).

² Siehe etwa *Liedmeier*, Auslegung und Fortbildung und *Kamanabrou*, Auslegung und Fortbildung.

aufgestellt, die die Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum berücksichtigen. Diese Prämissen bilden die Grundlage für die weitere Untersuchung.

A. Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung in Rechtsprechung und Schrifttum

Teile des Schrifttums knüpfen für die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung an den möglichen Willen der Tarifvertragsparteien an, richtlinienkonforme Tarifverträge zu schließen.³ Daher liegt bei der nachfolgenden Darstellung ein Augenmerk darauf, die Bedeutung des Willens der Tarifvertragsparteien für die Auslegung herauszuarbeiten.

I. Auslegung des normativen Tarifvertragsteils

Wie der normative Teil von Tarifverträgen auszulegen ist, ist umstritten. Der Streit findet unter der plakativen Überschrift „Gesetzesauslegung versus Vertragsauslegung“ statt. Das leuchtet vor dem Hintergrund der Rechtsnatur des Tarifvertrags ein.⁴ Er ist einerseits ein privatrechtlicher Vertrag, was eine vertragsgleiche Auslegung nahelegt. Andererseits besitzt der normative Tarifvertragsteil Rechtsnormcharakter. Als Rechtsnorm liegt wiederum eine gesetzesgleiche Auslegung nahe.

1. „Gesetzesgleiche“ Auslegung durch die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass der normative Teil eines Tarifvertrags wie ein Gesetz auszulegen ist.⁵ Nach dem BAG ist zunächst vom Wortlaut des Tarifvertrags auszugehen.⁶ Es sei der maßgebliche Sinn der Erklärung zu erfor-

³ *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 191 f.; vgl. *Däubler/Däubler TVG* (1. Aufl. 2003), Einl. Rn. 519; dagegen mit Verweis auf den fehlenden Umsetzungswillen der Tarifvertragsparteien die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung ablehnend *Thüsing*, ZIP 2004, 2301, 2304, *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 280 und *Wißmann*, in: FS Bepfer, S. 649, 656.

⁴ Vgl. *Herschel*, in: FS E. Molitor, S. 161, 178: „Pluralität von Vertrag und Gesetz“; *Wiedemann/Willemsen*, AP Nr. 111 zu Art. 3 GG: „eigenartige ‚Zwitterstellung‘“; *Liedmeier*, Auslegung und Fortbildung, S. 16: „janusköpfige Erscheinung“ von Tarifverträgen.

⁵ Erstmals so *BAG*, Urteil v. 2. 6. 1961 – 1 AZR 573/59, BAGE 11, 135, 137 f.; anders noch das Reichsarbeitsgericht, das Tarifverträge gemäß §§ 133, 157 BGB auslegte, vgl. *RAG*, Urteil v. 23. 9. 1933 – RAG. 107/33, ARS 19, 29, 30.

⁶ *BAG*, Urteil v. 12. 9. 1984 – 4 AZR 336/82, NZA 1985, 160, 161 = BAGE 46, 308; *BAG*, Urteil v. 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07, NZA 2010, 295 Rn. 35 = BAGE 129, 131; *BAG*, Urteil v. 22. 4. 2010 – 6 AZR 962/08, NZA 2011, 1293, 1294 = BAGE 134, 184.

schen, ohne am Buchstaben zu haften.⁷ Erlaube der Wortlaut kein abschließendes Ergebnis, sei der wirkliche Wille⁸ der Tarifvertragsparteien mit zu berücksichtigen, soweit er Niederschlag in den tariflichen Normen gefunden habe.⁹ Nur auf den subjektiven Willen der Tarifvertragsparteien abzustellen, sei weder mit dem Normcharakter eines Tarifvertrags noch mit dem rechtstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu vereinbaren.¹⁰ Folgerichtig lehnt es das BAG ab, den Auslegungsgrundsatz *falsa demonstratio non nocet* auf Tarifverträge anzuwenden.¹¹ Außerdem ist laut BAG der tarifliche Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen.¹² Führe die am Wortlaut sowie Gesamtzusammenhang orientierte Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, könne die Tarifgeschichte, die praktische Tarifübung und die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags herangezogen werden, um den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien zu ermitteln.¹³ Zögen die Gerichte diese weiteren Auslegungsmittel heran, seien sie an keine bestimmte Rangfolge gebunden.¹⁴ Im Zweifel sei diejenige Auslegung vorrangig, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führe.¹⁵ Wank ordnet die Auslegungsweise des BAG als zwischen objekti-

⁷ BAG, Urteil v. 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07, NZA 2010, 295 Rn. 35 = BAGE 129, 131.

⁸ Das ist widersprüchlich, da es zumindest in der Vergangenheit bei der Gesetzesauslegung nicht auf den tatsächlichen, sondern auf einen in der Norm zum Ausdruck kommenden objektivierten gesetzgeberischen Willen ankommen sollte, vgl. etwa *BVerfG*, Beschluss v. 17. 5. 1960 – 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60, BVerfGE 11, 126, 130 f. = NJW 1960, 1563; *BVerfG* (K), Beschluss v. 15. 9. 2011 – 1 BvR 519/10, NVwZ 2012, 504, 505; *Larenz*, Methodenlehre, S. 333 ff.; vgl. dagegen mittlerweile *BVerfG Sondervotum A. Voßkuhle, U. di Fabio, L. Osterloh*, Beschluss v. 15. 1. 2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 282, 283 f. = NJW 2009, 1477, *BVerfG*, Urteil v. 19. 3. 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168, 205 = NJW 2013, 1058 und *BVerfG*, Beschluss v. 6. 6. 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 (Vorbeschäftigungsverbot), NZA 2018, 774 Rn. 74 f., die dem gesetzgeberischen Willen einen höheren Stellenwert einräumen, als es bislang in der Rechtsprechung der Fall war.

⁹ BAG, Urteil v. 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07, NZA 2010, 295 Rn. 35 = BAGE 129, 131; BAG, Urteil v. 22. 4. 2010 – 6 AZR 962/08, NZA 2011, 1293, 1295 = BAGE 134, 184; ohne Beschränkung auf die Fälle, in denen der Wortlaut kein abschließendes Ergebnis erlaubt BAG, Urteil v. 12. 9. 1984 – 4 AZR 336/82, NZA 1985, 160, 161 = BAGE 46, 308; ebenso *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, S. 356, 358; *Schaub*, NZA 1994, 597, 598 f.; anders dagegen für einen Firmentarifvertrag, wenn die Auslegung den normsetzenden Arbeitgeber belastet und die Arbeitnehmer begünstigt, BAG, Urteil v. 30. 7. 2002 – 3 AZR 471/01, AP Nr. 180 zu § 1 TVG Auslegung.

¹⁰ BAG, Urteil v. 16. 5. 1995 – 3 AZR 395/94, NZA 1996, 548, 549.

¹¹ BAG, Urteil v. 2. 6. 1961 – 1 AZR 573/59, NJW 1961, 1837.

¹² BAG, Urteil v. 12. 9. 1984 – 4 AZR 336/82, NZA 1985, 160, 161 = BAGE 46, 308; BAG, Urteil v. 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07, NZA 2010, 295 Rn. 35 = BAGE 129, 131.

¹³ BAG, Urteil v. 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07, NZA 2010, 295 Rn. 35 = BAGE 129, 131; BAG, Urteil v. 22. 4. 2010 – 6 AZR 962/08, NZA 2011, 1293, 1295 = BAGE 134, 184; BAG, Urteil v. 12. 9. 1984 – 4 AZR 336/82, NZA 1985, 160, 161 = BAGE 46, 308 noch mit zusätzlichem Verweis auf die Tarifgeschichte.

¹⁴ Anders noch BAG, Urteil v. 26. 4. 1966 – 1 AZR 242/65, AP (Anm. Hueck) = BAGE 18, 278.

¹⁵ BAG, Urteil v. 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07, NZA 2010, 295 Rn. 35 = BAGE 129, 131; BAG, Urteil v. 22. 4. 2010 – 6 AZR 962/08, NZA 2011, 1293, 1295 = BAGE 134, 184; vgl. BAG, Urteil v. 9. 3. 1983 – 4 AZR 61/80, AP Nr. 128 zu § 1 TVG Auslegung = BAGE 42, 86.

ver und subjektiver Theorie vermittelnden Ansatz in Form der Andeutungstheorie ein.¹⁶ Nach Kamanabrou bewegt sich die Auslegung durch das BAG eher im objektiven als im subjektiven Bereich.¹⁷ Die subjektiven Belange vernachlässige das BAG zwar nicht völlig. Sie seien jedoch zu untergeordnet, als dass man von einer subjektiven Auslegung sprechen könne.

Wie das BAG sind Teile des Schrifttums der Ansicht, dass die Tarifvertragsauslegung den Grundsätzen der Gesetzesauslegung folgt.¹⁸ Der Wille der Tarifvertragsparteien soll nur insoweit berücksichtigt werden können, wie er im Tarifvertrag zum Ausdruck kommt.¹⁹ Der von der Vertragsauslegung bekannte Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* sei nicht anwendbar.²⁰ In der untersuchten Literatur findet man keine Argumente, die über die der Rechtsprechung hinausgehen: Die sich der Rechtsprechung anschließenden Autoren verweisen zum einen auf den Rechtsnormcharakter des normativen Tarifvertrags. ²¹ Es komme nicht darauf an, wie der Tarifvertrag entstanden sei, sondern darauf, was der normative Teil qualitativ darstelle.²² Zum anderen führen sie an, dass Tarifverträge eine große Anzahl von Arbeitsverhältnissen fest und sicher bestimmen müssten.²³ Tarifverträge wendeten sich an einen unbestimmten Kreis dritter Personen.²⁴ Daher müssten sich die Normadressaten an den klaren und unmissverständlichen Wortlaut halten können.²⁵

2. „Vertragsauslegung“ durch Teile der Literatur

Die Stimmen in der Literatur, die eine subjektive, am Willen der Tarifvertragsparteien orientierte Auslegung befürworten, bilden keinen einheitlichen Meinungsblock. Es gibt verschiedene Spielarten einer subjektiven Auslegung. Die meisten Vertreter einer an §§ 133, 157 BGB orientierten Auslegung schränken die Auslegungsgrundsätze aber ein, indem sie objektive Grenzen einziehen. Die Auslegungsgrundsätze nähern sich dadurch denen des BAG stark an.

¹⁶ Wank, RdA 1998, 71, 78; Wiedemann/ders., § 1 TVG Rn. 956; vgl. auch Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 25, nach es sich um einen subjektiven Auslegungsansatz mit Elementen der objektiven Auslegung handelt.

¹⁷ Dazu und zum Nachfolgenden Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 233.

¹⁸ Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 219; Müller, DB 1960, 119; Herschel, in: FS E. Molitor, S. 161, 180; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 356 ff.; Neumann, AuR 1985, 320, 321 f.; Schaub, NZA 1994, 597, 598; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 132 ff.

¹⁹ Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 356; Schaub, NZA 1994, 597, 599; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 136 ff.; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 93; vgl. Neumann, AuR 1985, 320, 322, nach dem sich der Wille aus dem tariflichen Gesamtzusammenhang ergeben muss.

²⁰ Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 361; vgl. Herschel, in: FS E. Molitor, S. 161, 179 f.

²¹ Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 219; Herschel, in: FS E. Molitor, S. 161, 180; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 356; ähnlich Wiedemann/Willemsen, AP Nr. 111 zu Art. 3 GG.

²² Herschel, in: FS E. Molitor, S. 161, 180.

²³ Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 356; vgl. HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 133.

²⁴ Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 220.

²⁵ Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 220.

Die Vertreter einer subjektiven Auslegung sind sich einig, dass sich die Auslegung am tatsächlichen Willen der Tarifvertragsparteien orientieren muss.²⁶ Darin unterscheiden sie sich jedoch nicht vom BAG, das ebenfalls an den wirklichen Willen anknüpft, obwohl es Tarifverträge wie Gesetze auslegt.²⁷

Die Literatur führt verfassungsrechtliche Argumente dafür an, sich am tatsächlichen Willen der Tarifvertragsparteien zu orientieren. Art. 9 Abs. 3 GG, dessen Ausstrahlungswirkung im Rahmen der Auslegung gemäß den §§ 133, 157 BGB berücksichtigt werden müsse, gebiete, einen feststellbaren übereinstimmenden Willen der Tarifparteien zu respektieren.²⁸ Die Methoden der Gesetzesauslegung anzuwenden, habe dagegen zur Folge, dass die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien teilweise an die Gerichte abgetreten werde.²⁹ Das verstoße gegen Art. 9 Abs. 3 GG.³⁰ Sich über einen gemeinsamen Willen der Tarifvertragsparteien hinwegzusetzen, gefährde ferner das sorgfältig ausgehandelte Gleichgewicht des ganzen Vertragswerks.³¹ Gegen die gesetzesgleiche Auslegung soll sprechen, dass sie entgegen der Ansicht des BAG keine Rechtssicherheit gewährleiste.³² Selbst auf scheinbar eindeutige Worte könne man sich in einem Vertrag oder Gesetz nicht verlassen.³³ Ferner sei es zu schematisch, von der Einordnung von Tarifverträgen als objektives Recht darauf zu schließen, dass Tarifverträge wie Gesetze auszulegen seien.³⁴ Von den Grundsätzen der Gesetzesinterpretation abzuweichen, sei zudem gerechtfertigt, weil Tarifverträge im Gegensatz zu Gesetzen in relativ kurzen Zeitabständen neu abgeschlossen würden.³⁵ Mithin bleibe der Zusammenhang zwischen Vertragsinhalt und dem Willen des Normgebers viel enger als bei Gesetzen. Auch sei der Wille der Tarifvertragsparteien wesentlich leichter festzustellen als der des Gesetzgebers.³⁶

Die Frage, ob sich der Wille der Tarifvertragsparteien im Wortlaut niederschlagen haben muss, um bei der Auslegung berücksichtigt werden zu können,

²⁶ *Siegers*, DB 1967, 1630, 1634; *Dütz*, in: FS K. Molitor, S. 63, 73 f.; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 134; *Wank*, RdA 1998, 71, 78 f.; *Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert* TVG, Grundle. Rn. 507; *Zöllner/Hergenröder/Loritz*, Arbeitsrecht, § 37 Rn. 48; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1679; *Wiedemann/Wank*, § 1 TVG Rn. 962.

²⁷ Auf den Widerspruch zwischen einer Auslegung nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen und dem Anknüpfen an den tatsächlichen Willen der Tarifvertragsparteien weisen *Dütz*, in: FS K. Molitor, S. 63, 66 und *Wank*, RdA 1998, 71, 77 hin.

²⁸ *Dütz*, in: FS K. Molitor, S. 63, 74; vgl. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 137.

²⁹ *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 137; *Däubler/ders.*, Einl. Rn. 603; vgl. *Dütz*, in: FS K. Molitor, S. 63, 75.

³⁰ *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 137; *Däubler/ders.*, Einl. Rn. 603; vgl. *Dütz*, in: FS K. Molitor, S. 63, 75.

³¹ *Siegers*, DB 1967, 1630, 1634.

³² *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 135; *Wank*, RdA 1998, 71, 78.

³³ *Wank*, RdA 1998, 71, 78.

³⁴ *Zöllner*, RdA 1964, 443, 449; vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 260, nach dem die Auslegungsgrundsätze allein durch den normativen Charakter des Tarifvertrags nicht determiniert sind.

³⁵ *Siegers*, DB 1967, 1630, 1634; vgl. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 136.

³⁶ *Siegers*, DB 1967, 1630, 1634; vgl. *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 136.

beantworten die Vertreter einer an die §§ 133, 157 BGB anknüpfenden Auslegung uneinheitlich. Diejenigen, die fordern, dass sich der Wille der Tarifvertragsparteien im Wortlaut niedergeschlagen haben muss, begründen das mit den Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie der Formgebundenheit des Tarifvertrags.³⁷ Im Ergebnis bestehen nach dieser Auffassung kaum Unterschiede mehr zur Rechtsprechung, die die Grundsätze der Gesetzesauslegung abgewandelt auf Tarifverträge anwendet. Teilweise wird auch vertreten, eine vom Tarifvertragswortlaut abweichende Interpretation sei nur möglich, wenn die Mitglieder den Wortlaut in einer bestimmten Weise verstanden hätten.³⁸ Weniger weitreichend ist die Auffassung, dass eine vom Wortlaut abweichende Auslegung nur möglich ist, wenn aus dem Tarifvertragswortlaut oder den den Beteiligten bekannten Umständen³⁹ oder aus der Entstehungsgeschichte⁴⁰ erkennbar sei, dass den Tarifvertragsparteien eine *falsa demonstratio* unterlaufen sei. Andere wenden die Auslegungsregel *falsa demonstratio non nocet* ohne Einschränkung an.⁴¹

Ausdifferenzierte und ausführliche Lösungen bieten Kamanabrou und Liedmeier in ihren Dissertationen an.⁴² Kamanabrou unterscheidet bei der Auslegung von Tarifverträgen zwischen der Inhaltsfeststellung und der Inhaltsfestsetzung.⁴³ Die Inhaltsfeststellung diene dazu, den wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien zu ermitteln.⁴⁴ Es handele sich um einen subjektiven Ansatz. Den Willen der Tarifvertragsparteien will sie nicht als selbständiges Auslegungskriterium berücksichtigen. Er geht ihre Ansicht nach in der systematischen, historischen und subjektiv-teleologischen Auslegung auf.⁴⁵ Die Vorstellungen der Tarifvertragsparteien seien im Rahmen dieser Auslegungskriterien zu berücksichtigen. Lasse sich der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien nicht ermitteln, seien die Gerichte befugt, den Inhalt einer tariflichen Regelung festzusetzen.⁴⁶ Festzusetzen soll der Inhalt anhand objektiver Kriterien sein: den objektiv-teleologischen Auslegungsmitteln der Sachgerechtigkeit und Folgenbetrachtung, der verfassungskonformen Auslegung sowie der gesetzeskonformen Auslegung.⁴⁷ Kamanabrou kombiniert somit einen subjektiven und einen objektiven Ansatz, wobei die subjektive Auslegungsmethode vorrangig ist.⁴⁸ Da sie nur Auslegungsmittel zulässt, die für den

³⁷ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1675; zum Erfordernis der Rechtssicherheit und zu den Folgen des Schriftformerfordernisses gemäß § 1 Abs. 2 TVG, aber mit i. E. leicht anderer Ansicht Zöllner, RdA 1964, 443, 449.

³⁸ Zöllner/Hergenröder/Loritz, Arbeitsrecht, § 37 Rn. 48.

³⁹ Zöllner, RdA 1964, 443, 449.

⁴⁰ Wank, RdA 1998, 71, 80; vgl. Wiedemann/ders., § 1 TVG Rn. 976.

⁴¹ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 138; Däubler/ders., Einl. Rn. 604.

⁴² Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung; Liedmeier, Auslegung und Fortbildung.

⁴³ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 247 ff.

⁴⁴ Für die Gesetzesauslegung Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 24 ff., 53.

⁴⁵ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 253 f.

⁴⁶ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 248 ff.

⁴⁷ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 261 ff.

⁴⁸ Vgl. Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 264 f.

Betroffenen erkennbar und erreichbar sind, soll die Auslegungsregel *falsa demonstratio non nocet* nicht anwendbar sein, wenn das vom Wortlaut abweichende Verständnis weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus der Systematik erkennbar sei.⁴⁹ In einer solchen Situation müssten sich die Tarifvertragsparteien an ihrem erkennbaren Willen oder, falls kein Wille erkennbar sei, am Ergebnis der Inhaltsfestsetzung festhalten lassen.

Liedmeier orientiert sich bei der Tarifvertragsauslegung an §§ 133, 157 BGB.⁵⁰ Sei der Wortlaut des Tarifvertrags eindeutig, gebe es keinen Raum, um den Willen der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen, es sei denn das Vertrauen der Normunterworfenen auf den Wortlaut sei nicht schutzwürdig.⁵¹ Schutzwürdig sei es dann nicht, wenn der Tarifvertragswortlaut aus Sicht eines durchschnittlichen Adressaten den Willen der Tarifvertragsparteien offensichtlich unrichtig wiedergebe.⁵² Ein schutzwürdiges Interesse an der wortlautgetreuen Auslegung fehle ferner, wenn der Wille der Parteien eines Firmentarifvertrags für die normunterworfenen Arbeitnehmer günstiger sei als der Tarifvertragswortlaut.⁵³ Sei der Tarifvertragswortlaut mehrdeutig, sei der Wille der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen. Eine am Willen der Tarifvertragsparteien orientierte Auslegung sieht er grundsätzlich als durch Art. 9 Abs. 3 GG geboten an.⁵⁴ Er schränkt die Grundsätze der Vertragsauslegung jedoch aufgrund des Rechtsstaatsprinzips ein, das jedenfalls über die mittelbare Drittwirkung auf § 157 BGB einwirke.⁵⁵ § 157 BGB sei ferner unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung im Lichte der §§ 1 Abs. 2, 8 TVG zu interpretieren, die die Schriftform und die Bekanntgabe des Tarifvertrags vorsehen.⁵⁶ Der Wille der Tarifvertragsparteien müsse aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und der §§ 1 Abs. 2, 8 TVG aus den für die Normunterworfenen erkennbaren Umständen hervorgehen und mit dem Tarifvertragstext vereinbar sein.⁵⁷ Darauf komme es nur dann nicht an, wenn das Vertrauen der Normunterworfenen darauf nicht schutzwürdig sei, dass der Tarifvertragswortlaut mit dem Willen der Tarifvertragsparteien in Einklang stehe.⁵⁸ Die Auslegungsregel *falsa demonstratio non nocet* sei daher sachgerecht, wenn das schutzwürdige Vertrauen der Normadressaten ausnahmsweise fehle.⁵⁹

⁴⁹ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 267.

⁵⁰ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 55 ff.

⁵¹ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 89.

⁵² Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 90 f.

⁵³ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 92 f., mit Ausnahme eines für allgemeinverbindlich erklärten Firmentarifvertrags, vgl. S. 93 f.

⁵⁴ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 69 ff.

⁵⁵ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 81 ff.

⁵⁶ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 83.

⁵⁷ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 83.

⁵⁸ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 89 ff.

⁵⁹ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 90.

II. Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils in Rechtsprechung und Schrifttum

Im Grundsatz besteht Einigkeit über die Auslegungsgrundsätze, die für den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil gelten. Als schuldrechtlicher Vertrag ist er gemäß den für Verträge geltenden Grundsätzen, also gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen.⁶⁰ Der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien muss sich daher nicht im Wortlaut des Tarifvertrags niedergeschlagen haben, um berücksichtigt werden zu können.⁶¹ Der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* ist anwendbar.⁶²

Umstritten ist hingegen, ob die geschilderten Auslegungsgrundsätze für alle im schuldrechtlichen Tarifvertragsteil enthaltenen Regelungen gelten. Einem Teil des Schrifttums zufolge sollen für bestimmte Arten von Regelungen die Auslegungsgrundsätze des normativen Teils gelten.⁶³ Vereinzelt wird das für die Friedenspflicht⁶⁴ oder für tariflich regelbare Arbeitsbedingungen befürwortet, bei denen die Tarifvertragsparteien auf die normative Wirkung verzichten⁶⁵. Vor allem wird eine Auslegung nach den für den normativen Teil geltenden Grundsätzen aber in Bezug auf Regelungen diskutiert, die i. S. d. § 328 BGB Dritten einen Anspruch verschaffen.⁶⁶ Bei solchen Ansprüchen hätten die Dritten wie tarifgebundene Arbeitnehmer ein Interesse daran, den genauen Regelungsinhalt zu kennen.⁶⁷ Schließlich stehe ihnen auch das Recht gemäß § 333 BGB zu, das aus dem Vertrag

⁶⁰ BAG, Urteil v. 7.6.2006 – 4 AZR 272/05, AP Nr. 37 zu § 1 TVG; BAG, Urteil v. 27.2.2013 – 4 AZR 78/11, NZA 2013, 1026 Rn. 16; Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 140 ff.; JKOS/Krause, § 4 Rn. 197; Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 500; Däubler/Ahrendt, § 1 TVG Rn. 1214; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 155; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 76; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 637; Thüsing/Braun/Wißmann, 4. Kap. Rn. 167; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1752; HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 76; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 95; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 952.

⁶¹ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 141; Däubler/Ahrendt, § 1 TVG Rn. 1214; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 76; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1753 f.; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 95.

⁶² HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 76; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 95.

⁶³ Diese Diskussion wird nicht nur für Regelungen im schuldrechtlichen Tarifvertragsteil, sondern auch für Regelungen in schuldrechtlichen Koalitionsverträgen geführt, vgl. etwa Däubler/Däubler, Einl. Rn. 637 oder HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 76. Die letztgenannten Verträge sind jedoch nicht Untersuchungsgegenstand und werden daher ausgeblendet.

⁶⁴ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 141 f.; a. A. JKOS/Krause, § 4 Rn. 197; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 952.

⁶⁵ ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 80; vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1753.

⁶⁶ Für die Anwendung der für Gesetze geltenden Auslegungsgrundsätze JKOS/Krause, § 4 Rn. 197; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 637; Thüsing/Braun/Wißmann, 4. Kap. Rn. 168; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 95; wohl auch Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 500. Das entspricht der Auffassung des BAG zu Koalitionsverträgen mit Regelungen eines Vertrags zugunsten Dritter, vgl. BAG, Urteil v. 5. 11. 1997 – 4 AZR 872/95, NZA 1998, 654, 658 = BAGE 87, 45 und BAG, Urteil v. 15. 2. 2005 – 9 AZR 52/04, EzA Nr. 13 zu § 4 TVG Altersteilzeit.

⁶⁷ JKOS/Krause, § 4 Rn. 197; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 637; Thüsing/Braun/Wißmann, 4. Kap. Rn. 168.

erworbene Recht zurückzuweisen.⁶⁸ Es wird also das Interesse an Rechtssicherheit betont, das eine Auslegung nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen rechtfertigen soll. Die Gegenansicht betont, dass den Dritten i. S. d. § 328 BGB der Anspruch gemäß § 334 BGB nur so zustehe, wie er auch dem Hauptgläubiger zustehe.⁶⁹ Daher müssten die Dritten den Willen der Tarifvertragsparteien auch gegen sich gelten lassen, soweit sich dieser nicht im Tarifvertrag niedergeschlagen habe.⁷⁰ Anwendbar seien die Grundsätze der Vertragsauslegung.

B. Maßstäbe der Tarifvertragsfortbildung in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils

Anders als es der Streit um die Auslegungsgrundsätze vermuten lässt, ist bei der Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils kein vergleichbares „Lagerdenken“ vorzufinden. Unterschiede treten zwar teilweise zu Tage. In vielen Punkten herrscht jedoch große Einigkeit.

1. Begrifflichkeiten

Der Vorgang, Lücken in Tarifverträgen festzustellen und zu schließen, wird uneinheitlich betitelt.⁷¹ Diejenigen, die die Grundsätze der Vertragsauslegung auf Tarifverträge anwenden, sprechen davon, den Tarifvertrag ergänzend auszu-legen.⁷² Auch zahlreiche Vertreter der gesetzeseichen Auslegung inklusive der Rechtsprechung verwenden überraschenderweise diese Terminologie⁷³, obwohl Gesetze nicht ergänzend ausgelegt, sondern fortgebildet werden. Demgegenüber sprechen andere Befürworter der gesetzeseichen Auslegung von einer Fortbildung des Tarifvertrags.⁷⁴

Nachfolgend wird der Begriff der „Tarifvertragsfortbildung“ verwendet. Der Begriff der „Fortbildung“ ist auch im Kontext der richtlinienkonformen Rechtsfindung geläufig, die Kern der Untersuchung ist. Mit der Entscheidung für diese

⁶⁸ Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 500.

⁶⁹ Däubler/Ahrendt, § 1 TVG Rn. 1214; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1755; vgl. HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 156.

⁷⁰ Däubler/Ahrendt, § 1 TVG Rn. 1214; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 156; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1755.

⁷¹ Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 948.

⁷² Etwa Däubler/Däubler, Einl. Rn. 627.

⁷³ Etwa BAG, Urteil v. 12.12.2013 – 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431 Rn. 19 und HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 152.

⁷⁴ Etwa ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 102.

Begrifflichkeit ist jedoch keine Entscheidung zugunsten der gesetzesgleichen Auslegung verbunden.

2. Lücke als Voraussetzung der Tarifvertragsfortbildung

Die „Lücke“ wird einhellig als Voraussetzung der Tarifvertragsfortbildung anerkannt.⁷⁵ Damit wird auf einen in der Methodenlehre für die Rechtsfortbildung und die ergänzende Vertragsauslegung gängigen Begriff zurückgegriffen. Auch im Bereich der Tarifvertragsfortbildung wird darunter eine planwidrig unvollständige Regelung verstanden.⁷⁶ Regelmäßig wird jedoch auch darauf verzichtet, den Lückenbegriff in seine einzelnen Tatbestandsmerkmale zu untergliedern.

3. Lückenfeststellung und -schließung durch die Gerichte

Anders als bei der Tarifvertragsauslegung, wo mit Blick auf die Auslegungsgrundsätze zwei Lager bestehen, deren Anwendung jedoch selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, herrscht bei der Tarifvertragsfortbildung bereits im Ausgangspunkt große Einigkeit: Tarifverträge sollen nur zurückhaltend fortgebildet werden. Grenze der Tarifvertragsfortbildung ist die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie.⁷⁷ Tarifvertragslücken dürfen die Gerichte daher nur schließen, wenn sie damit nicht unzulässig in die Tarifautonomie eingreifen.⁷⁸ Nachfolgend werden die wesentlichen Grundlinien der Rechtsprechung und des Schrifttums skizziert.⁷⁹

In Rechtsprechung und Literatur hat es sich eingebürgert, „unbewusste“ von „bewussten Tarifvertragslücken“ zu unterscheiden, um die zulässige von der unzulässigen Tarifvertragsfortbildung abzugrenzen.⁸⁰ Lassen Tarifvertragsparteien eine regelungsbedürftige Frage bewusst ungeregelt, sollen die Gerichte nicht be-

⁷⁵ Vgl. Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 1009.

⁷⁶ BAG, Urteil v. 10. 5. 1989 – 6 AZR 660/87, NZA 1989, 759, 760 = BAGE 62, 35; Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 125 ff.; Schaub, NZA 1994, 597, 601; Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 539.

⁷⁷ BAG, Urteil v. 29. 4. 2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57, 60 = BAGE 110, 277; BAG, Urteil v. 23. 11. 2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365; BAG, Urteil v. 23. 4. 2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29; vgl. BAG, Urteil v. 3. 11. 1998 – 3 AZR 432/97, NZA 1999, 999, 1000; Schaub, NZA 1994, 597, 601.

⁷⁸ BAG, Urteil v. 23. 4. 2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29; vgl. Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 122 ff.

⁷⁹ Die Rechtsprechung des BAG zu den Voraussetzungen der Tarifvertragsfortbildung ist nicht immer ganz einheitlich, siehe dazu etwa Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 268 ff.

⁸⁰ Vgl. BAG, Urteil v. 23. 9. 1981 – 4 AZR 569/79, AP Nr. 19 zu § 611 Lehrer, Dozenten = BAGE 36, 218; vgl. BAG, Urteil v. 27. 4. 2004 – 9 AZR 18/03, NZA 2005, 821, 824 = BAGE 110, 208; vgl. BAG, Urteil v. 23. 11. 2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365; vgl. BAG, Urteil

rechtigt sein, die Lücke zu schließen.⁸¹ Die neuere Rechtsprechung fordert darüber hinausgehend, dass diese Entscheidung nicht höherrangigem Recht widerspricht.⁸² Schlössen die Gerichte bewusste Tarifvertragslücken, setzten sie sich über den Willen der Tarifvertragsparteien hinweg⁸³ und sollen gegen die Bindung an die Tarifnormen als Teil der Rechtsordnung verstoßen⁸⁴. Demgegenüber soll die Lückenschließung nach herrschender Meinung bei unbewussten Tarifvertragslücken zulässig sein.⁸⁵ Das gleiche soll gelten, wenn eine tarifliche Regelung nachträglich lückenhaft geworden ist.⁸⁶ In beiden Fällen seien die Gerichte grundsätzlich verpflichtet, die Tariflücke zu schließen, wenn sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ausreichende Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien ergäben.⁸⁷ Dazu müssten die Grundzüge und Systematik des Tarifvertrags zu Ende gedacht werden.⁸⁸ Das Gericht müsse an die im Tarifvertrag

v. 23.4.2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29; vgl. HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 152: planwidrige und planmäßige Lücken.

⁸¹ BAG, Urteil v. 23.9.1981 – 4 AZR 569/79, AP Nr. 19 zu § 611 Lehrer, Dozenten = BAGE 36, 218; BAG, Urteil v. 20.5.1999 – 6 AZR 451/97, NZA 1999, 1342, 1344 = BAGE 91, 358; Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 75; Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 296; JKOS/Krause, § 4 Rn. 194; Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 542 f.; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 152; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 623; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 84; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1735; HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 85; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 102; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 1009.

⁸² BAG, Urteil v. 29.4.2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57, 60 = BAGE 110, 277; BAG, Urteil v. 23.11.2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365; BAG, Urteil v. 23.4.2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29; BAG, Urteil v. 12.12.2013 – 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431 Rn. 19; BAG, Urteil v. 14.9.2016 – 4 AZR 1006/13, NZA-RR 2017, 199 Rn. 21.

⁸³ BAG, Urteil v. 23.9.1981 – 4 AZR 569/79, AP Nr. 19 zu § 611 Lehrer, Dozenten = BAGE 36, 218; vgl. BAG, Urteil v. 24.9.2008 – 4 AZR 642/07, AP Nr. 57 zu § 1 TVG Rn. 24.

⁸⁴ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1736.

⁸⁵ BAG, Urteil v. 3.11.1998 – 3 AZR 432/97, NZA 1999, 999, 1000; BAG, Urteil v. 20.5.1999 – 6 AZR 451/97, NZA 1999, 1342, 1344 = BAGE 91, 358; BAG, Urteil v. 29.4.2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57, 60 = BAGE 110, 277; BAG, Urteil v. 27.4.2004 – 9 AZR 18/03, NZA 2005, 821, 824 = BAGE 110, 208; vgl. BAG, Urteil v. 23.1.1980 – 4 AZR 105/78, AP Nr. 31 zu §§ 22, 23 BAT 1975 = BAGE 32, 364; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 153; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 624 f.; HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 85; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 1009.

⁸⁶ BAG, Urteil v. 6.5.1987 – 5 AZR 182/86, BeckRS 1987, 30721348; BAG, Urteil v. 27.4.2004 – 9 AZR 18/03, NZA 2005, 821, 824 = BAGE 110, 208; BAG, Urteil v. 23.4.2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 153; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 627; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 1009.

⁸⁷ BAG, Urteil v. 27.4.2004 – 9 AZR 18/03, NZA 2005, 821, 824 = BAGE 110, 208; BAG, Urteil v. 23.4.2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29, 31; vgl. BAG, Urteil v. 3.11.1998 – 3 AZR 432/97, NZA 1999, 999, 1000; vgl. BAG, Urteil v. 20.5.1999 – 6 AZR 451/97, NZA 1999, 1342, 1344 = BAGE 91, 358; vgl. BAG, Urteil v. 23.11.2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365; BAG, Urteil v. 14.9.2016 – 4 AZR 1006/13, NZA-RR 2017, 199 Rn. 21; vgl. BAG, Urteil v. 24.9.2008 – 4 AZR 642/07, AP Nr. 57 zu § 1 TVG Rn. 25; JKOS/Krause, § 4 Rn. 196; HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 153; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 82; HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 85: „hinreichende und vor allem auch sichere Anhaltspunkte“; vgl. Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 75: „sichere Anhaltspunkte“.

⁸⁸ BAG, Urteil v. 12.12.2013 – 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431 Rn. 22.

enthaltenen Regelungen und Wertungen sowie seinen Zweck anknüpfen.⁸⁹ Zudem soll das Gericht auch die finanziellen Auswirkungen einer Lückenschließung berücksichtigen müssen.⁹⁰ Würde der Kostenrahmen nachhaltig erweitert, sei besondere Zurückhaltung geboten.⁹¹

Ist ein Tarifvertrag nachträglich lückenhaft geworden, weil ein Gericht eine diskriminierende Tarifnorm für nichtig oder unanwendbar erklärt, schließt das BAG die Lücke für die Vergangenheit nicht nur, wenn die Tarifvertragsparteien den Sachverhalt auch in nichtdiskriminierender Weise geregelt hätten. Es schließt die Lücke auch, wenn die Diskriminierung für die Vergangenheit nur durch eine „Anpassung nach oben“ beseitigt werden kann.⁹² Damit sieht das BAG implizit das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG als Maßstab der Lückenschließung an.

Kamanabrou und Liedmeier bauen in ihren Dissertationen jeweils auf dem Lückenbegriff auf und orientieren sich an der dazu bestehenden Dogmatik. Eine Lücke soll demnach bestehen, wenn der Tarifvertrag entgegen dem Regelungsplan unvollständig ist.⁹³ Einig sind sich beide darin, dass der Regelungsplan der Tarifvertragsparteien maßgeblich sein soll.⁹⁴ Dieser sei auch Maßstab der Lückenschließung. Nach Liedmeier kann jedoch nur das, was im Tarifvertragstext Ausdruck gefunden hat, als von den Tarifvertragsparteien gewollt angesehen werden.⁹⁵ Wesentliche Unterschiede ergeben sich zwischen der Autorin und dem Autor bei der Frage, was der Regelungsplan der Tarifvertragsparteien umfasst. Nach Liedmeier liegt eine ausfüllungsbedürftige Lücke vor, wenn die auf die Tarif-

⁸⁹ BAG, Urteil v. 12. 12. 2013 – 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431 Rn. 22; vgl. BAG, Urteil v. 23. 4. 2013 – 3 AZR 23/11, NZA-RR 2013, 542 Rn. 29; vgl. BAG, Urteil v. 21. 6. 2000 – 4 AZR 931/98, NZA-RR 2001, 54, 55; vgl. BAG, Urteil v. 23. 11. 2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365.

⁹⁰ Vgl. BAG, Urteil v. 28. 5. 1996 – 3 AZR 752/95, NZA 1997, 101, 103; aber offen gelassen für eine „Anpassung nach oben“ für die Vergangenheit von BAG, Urteil v. 10. 11. 2011 – 6 AZR 148/09, NZA 2012, 161 Rn. 35 = BAGE 140, 1; Wiedemann/Mangen, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Besitzstand.

⁹¹ ErfK/Schmidt, Art. 3 GG Rn. 58; vgl. BAG, Urteil v. 28. 5. 1996 – 3 AZR 752/95, NZA 1997, 101, 103; vgl. Wiedemann/Mangen, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Besitzstand, nach denen den Gerichten keine Entscheidungsbefugnis zusteht, zu entscheiden, welche Mehrbelastung tragbar ist.

⁹² BAG, Urteil v. 18. 12. 2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 36f. = BAGE 129, 93; BAG, Urteil v. 22. 4. 2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947 Rn. 43 = BAGE 134, 160; BAG, Urteil v. 10. 11. 2011 – 6 AZR 148/09, NZA 2012, 161 Rn. 19ff. = BAGE 140, 1; vgl. ErfK/Schmidt, Art. 3 GG Rn. 58; vgl. auch Wiedemann/Mangen, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Besitzstand.

⁹³ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 125; vgl. Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 296.

⁹⁴ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 126; vgl. Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 296.

⁹⁵ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 127.

vertragsparteien zurückgehenden Wertungen und Prinzipien, die dem jeweiligen Tarifvertrag zugrunde lägen, eine Regelung verlangten, die nicht vorhanden sei.⁹⁶ Außerdem bezieht er das höherrangige Recht und insbesondere den Gleichheitssatz des Art. 3 GG in den Regelungsplan ein.⁹⁷ Verstößt eine Tarifnorm gegen höherrangiges Recht, soll daher im Zweifel eine ausfüllungsfähige Lücke vorliegen. Im Vergleich dazu geht Kamanabrou von einem engeren Lückenbegriff aus, da sie die Lückenhaftigkeit allein vom Standpunkt des Tarifvertrags aus beurteilt.⁹⁸ Der Gleichbehandlungsgrundsatz oder andere allgemeine Rechtsprinzipien seien nicht per se Bestandteil des Regelungsplans.⁹⁹ Sei den Tarifvertragsparteien die Unvollständigkeit ihres Tarifvertrags bewusst, soll es sich nur dann um eine zur Tarifvertragsfortbildung berechtigende Lücke handeln, wenn der Tarifvertrag nachträglich unvollständig und den Tarifvertragsparteien die Unvollständigkeit erst dann bewusst geworden sei.¹⁰⁰

Vereinzelte wird die Tarifvertragsergänzung als stets unzulässig eingestuft, selbst bei einer unbewussten Regelungslücke.¹⁰¹ Die Tarifergänzung sei Regelungsfrage und nicht Rechtsfrage.¹⁰² Allein zuständig seien die Tarifvertragsparteien. Außerdem sei es stets möglich, eine Frage gar nicht zu regeln, sodass das Regelungsermessen nie auf Null reduziert sein könne. Im Gegensatz dazu soll die teleologische Tarifiereduktion solange möglich sein, wie sich der Richter kein tarifliches Regelungsermessen anmaße, wenn es darum gehe, die Unwirksamkeit eines Tarifvertrags zu vermeiden, weil dieser gegen höherrangiges Recht verstoße.¹⁰³

4. Zulässigkeit der Tarifvertragsfortbildung bei mehreren Möglichkeiten zur Lückenschließung

Die Rechtsprechung ist nach herrschender Ansicht nicht zur Lückenschließung befugt, wenn den Tarifvertragsparteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ein Spielraum verbleibt, die Lücke zu schließen.¹⁰⁴ Dann müssten es die

⁹⁶ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 125.

⁹⁷ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 126 f.

⁹⁸ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 296, 82 ff.

⁹⁹ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 296, vgl. S. 83.

¹⁰⁰ Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 297.

¹⁰¹ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1741; vgl. auch Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 543 f.

¹⁰² Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1741; vgl. auch Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 543.

¹⁰³ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1744.

¹⁰⁴ BAG, Urteil v. 3. 11. 1998 – 3 AZR 432/97, NZA 1999, 999, 1000 f.; BAG, Urteil v. 20. 5. 1999 – 6 AZR 451/97, NZA 1999, 1342, 1344 = BAGE 91, 358; BAG, Urteil v. 29. 4. 2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57, 60 = BAGE 110, 277; BAG, Urteil v. 23. 11. 2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365; BAG, Urteil v. 12. 12. 2013 – 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431 Rn. 19; BAG, Urteil v. 14. 9. 2016 – 4 AZR 1006/13, NZA-RR 2017, 199 Rn. 21; JKOS/Krause, § 4 Rn. 195;

Gerichte den Tarifvertragsparteien überlassen, eine für sie angemessene Regelung zu finden.¹⁰⁵ Grund dafür sei die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie.

Dem widerspricht ein Teil des Schrifttums. Es sei eine Rarität, dass nur ein mögliches Ergebnis ergänzender Auslegung in Betracht komme.¹⁰⁶ Dennoch sei es die Aufgabe des interpretierenden Richters, die Vertragspartner mit einem sinnvollen Vertragsverständnis auszustatten.¹⁰⁷ Entsprechen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten dem Regelungsplan, müssten die Gerichte die Lücke in der dem Regelungsplan am besten entsprechenden Weise schließen.¹⁰⁸ Nur wenn mehrere Gestaltungsmöglichkeit dem Regelungsplan gleichermaßen entsprächen, müsse eine Tarifvertragsfortbildung unterbleiben.¹⁰⁹

5. Aussetzung des Verfahrens bis zur Neuregelung durch die Tarifvertragsparteien

Erweist sich ein Tarifvertrag als lückenhaft, ist es den Tarifvertragsparteien unbenommen, den Tarifvertrag abzuändern und zu ergänzen. Häufig erweist sich ein Tarifvertrag aber erst dann als lückenhaft, wenn bereits ein Gerichtsverfahren anhängig ist. In diesem Stadium können die Tarifvertragsparteien der Lückenfüllung durch das Gericht regelmäßig nur zuvorkommen, wenn das Gericht das Verfahren aussetzt. Insbesondere im Kontext gleichheitswidriger Tarifvertragsregelungen wird über eine solche Verfahrensaussetzung diskutiert. Der Diskussion liegt dabei der Gedanke zugrunde, dass es die Gerichte mit Blick auf die Tarifautonomie vorrangig den Tarifvertragsparteien überlassen sollten, eine Tariflücke zu schließen. Mit Blick auf die Tarifautonomie wird die Verfahrensaussetzung durch das Arbeitsgericht als milderes Mittel im Vergleich zur Lückenschließung durch das Gericht angesehen.

In Entscheidungen zum BAT und TVöD hält das BAG eine befristete Aussetzung grundsätzlich für möglich.¹¹⁰ Es erklärt aber, dass Art. 9 Abs. 3 GG i. V. m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine befristete Aussetzung grundsätzlich nur gebieten könne, wenn eine Diskriminierung für die Zukunft beseitigt werden solle.

Däubler/Däubler, Einl. Rn. 627; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 82; HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 86; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 1011.

¹⁰⁵ BAG, Urteil v. 20.5.1999 – 6 AZR 451/97, NZA 1999, 1342, 1344 = BAGE 91, 358; BAG, Urteil v. 29.4.2004 – 6 AZR 101/03, NZA 2005, 57, 60 = BAGE 110, 277; BAG, Urteil v. 23.11.2006 – 6 AZR 365/06, ZTR 2007, 365; BAG, Urteil v. 12.12.2013 – 8 AZR 942/12, NZA-RR 2014, 431 Rn. 19; Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 75.

¹⁰⁶ Mayer-Maly, RdA 1988, 136, 137.

¹⁰⁷ Mayer-Maly, RdA 1988, 136, 137.

¹⁰⁸ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 137; Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 298.

¹⁰⁹ Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 137 f.

¹¹⁰ Vgl. BAG, Urteil v. 10.11.2011 – 6 AZR 148/09, NZA 2012, 161 Rn. 28 = BAGE 140, 1 und BAG, Urteil v. 20.3.2012 – 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 Rn. 28 = BAGE 141, 73.

Da in den Verfahren jedoch keine Diskriminierung für die Zukunft, sondern nur für die Vergangenheit beseitigt werden sollte, kam es auf die Verfahrensaussetzung aus Sicht des BAG nicht an. Um seine Position zu stützen, verweist das BAG auf die Rechtsprechung des EuGH.¹¹¹ Verstößt eine Tarifnorm gegen das Unionsrecht, seien die nationalen Gerichte gehalten, die Diskriminierung auszuschließen, ohne abzuwarten, bis die Diskriminierung durch Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien oder in anderer Weise beseitigt sei. Auch deswegen sieht sich das BAG gehindert, das Verfahren auszusetzen, damit die Tarifvertragsparteien eine Tarifrücke für die Vergangenheit schließen können.¹¹²

Ausgangspunkt von Äußerungen im Schrifttum zur Verfahrensaussetzung ist wie beim BAG jeweils Art. 9 Abs. 3 GG. Teilweise wird angeregt, dass Gerichte für Arbeitssachen einen Rechtsstreit für einen Zeitraum aussetzen, innerhalb dessen eine gleichheitswidrige Tarifnorm neu zu regeln sein soll.¹¹³ Andere gehen über eine bloße Anregung hinaus und formulieren, dass Art. 9 Abs. 3 GG i. V. m. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine befristete Aussetzung gebieten „kann“¹¹⁴ oder „könnte“¹¹⁵. Diese Auffassung liegt auf einer Linie mit dem BAG. Am weitesten geht der Teil des Schrifttums, dem zufolge die Gerichte für Arbeitssachen die Verfahren aussetzen müssen.¹¹⁶ Soweit ein Eingriff in die Tarifautonomie drohe, seien die gleichheitswidrigen Tarifnormen nicht für nichtig, sondern verfassungswidrig¹¹⁷ zu erklären und das Verfahren sei befristet bis zur Neuregelung durch die Tarifvertragsparteien auszusetzen.¹¹⁸ Das BVerfG verfare bei verfassungswidrigen gesetzlichen Bestimmungen bereits auf diese Weise und das BAG folge ihm in dieser Hinsicht. Normative Grundlage für die Verfahrensaussetzung an den Gerichten für Arbeitssachen soll eine Analogie zu § 148 ZPO sein.¹¹⁹

In eine ähnliche Richtung geht die Auffassung, dass die Rechtsprechung nur berechtigt sei, den Tarifvertrag zu korrigieren, wenn die Korrektur durch die Tarif-

¹¹¹ Vgl. BAG, Urteil v. 20. 3. 2012 – 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 Rn. 28 = BAGE 141, 73.

¹¹² Vgl. BAG, Urteil v. 20. 3. 2012 – 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803 Rn. 28 = BAGE 141, 73.

¹¹³ *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 668.

¹¹⁴ *HWK/Hergenröder*, Art. 3 GG Rn. 63.

¹¹⁵ *ErfK/Schmidt*, Art. 3 GG Rn. 59.

¹¹⁶ *Wiedemann/Mangen*, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Besitzstand; *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 249 ff.; *Baumann*, RdA 1994, 272, 278; *Wiedemann/Peters*, RdA 1997, 100, 108; *Boerner*, ZfA 1997, 67, 84; *Wiedemann/Wiedemann* (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 248; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 985; vgl. *Söllner*, NZA 1996, 897, 903; vgl. *Schlachter*, in: FS Schaub, S. 651, 671 ff., die eine befristete Aussetzung befürwortet, wenn das Gericht nicht zur Tarifvertragsanpassung berechtigt ist, und dem Gericht nach Fristablauf die Kompetenz zur Anpassung zuspricht.

¹¹⁷ Das setzt eine unmittelbare Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG voraus, von der *Wiedemann/Wiedemann* (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 212 ausgeht, oder eine über die Gerichte vermittelte mittelbare Bindung.

¹¹⁸ *Wiedemann/Wiedemann* (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 248; vgl. *Wiedemann/Peters*, RdA 1997, 100, 108.

¹¹⁹ *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 985.

vertragsparteien gescheitert sei.¹²⁰ Um Klarheit über das Scheitern zu erlangen, sollen die Gerichte den Tarifvertragsparteien eine Frist setzen.¹²¹ Bis zum Ablauf dieser Frist seien Gerichtsverfahren auszusetzen, um zu verhindern, dass Arbeitnehmer an der späteren Tarifvertragskorrektur durch das Gericht nicht mehr partizipieren könnten, da ein etwaiges Urteil in der Zwischenzeit Rechtskraft erlangt habe.¹²² Diese Auffassung basiert auf der Annahme, dass zunächst die Tarifvertragsparteien exklusiv berechtigt sind, einen Tarifvertrag zu korrigieren, nachdem eine tarifliche Regelung für verfassungswidrig erklärt wurde. Erst wenn die Korrektur durch die Tarifvertragsparteien scheitere, seien die Gerichte berechtigt, ihre subsidiäre Gestaltungscompetenz aufzunehmen.¹²³

Schließlich wird es teilweise zwar für sinnvoll erachtet, Verfahren auszusetzen, wenn ein Gericht eine Tarifnorm für die Zukunft für unwirksam erklärt. Jedoch müsse erst ein besonderes Verfahren geschaffen werden, das sich an § 97 ArbGG und Art. 100 GG orientieren könne, um die Verfahrensaussetzung zu ermöglichen.¹²⁴ Die Gerichte seien aktuell nicht ermächtigt, den Tarifvertragsparteien Normierungspflichten aufzugeben.

II. Ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils

Der schuldrechtliche Tarifvertragsteil ist entsprechend den für Verträge geltenden Grundsätzen ergänzend auszulegen.¹²⁵ Er muss daher eine Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit enthalten, um ergänzend ausgelegt werden zu können.¹²⁶ Maßstab der Lückenfüllung ist dann der hypothetische Parteiwille. Dieser richtet sich danach, was „die Parteien bei einer angemessenen Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragsparteien vereinbart hätten“, wenn ihnen die Unvollständigkeit bekannt gewesen wäre.¹²⁷ Grenze der ergänzenden Auslegung ist der tatsächliche Wille der

¹²⁰ *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 168, 248; vgl. *Baumann*, RdA 1994, 272, 278, dem zufolge die Tarifpartner nach Fristablauf das ihnen „gegenüber den Gerichten grundsätzlich vorrangig zustehende Regelungsrecht“ verlieren.

¹²¹ *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 248.

¹²² *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 252 f.

¹²³ *Hartmann*, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 162, 168, 245.

¹²⁴ *NK-GA/Frieling*, Art. 3 GG Rn. 74; *Wiedemann/Jacobs*, Einl. Rn. 416.

¹²⁵ *Liedmeier*, Auslegung und Fortbildung, S. 143; *JKOS/Krause*, § 4 Rn. 197; *Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG*, Grndl. Rn. 500; *Däubler/Ahrendt*, § 1 TVG Rn. 1214; *Däubler/Däubler*, Einl. Rn. 637; *Thüsing/Braun/Wißmann*, 4. Kap. Rn. 167; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1757; *ErfK/Franzen*, § 1 TVG Rn. 95.

¹²⁶ *BAG*, Urteil v. 19. 5. 2010 – 4 AZR 796/08, NZA 2010, 1183 Rn. 23 = BAGE 134, 283; *BAG*, Urteil v. 6. 7. 2011 – 4 AZR 706/09, NZA 2012, 100 Rn. 27 = BAGE 138, 269; *MüKoBGB/Bu-sche*, § 157 BGB Rn. 38.

¹²⁷ *BAG*, Urteil v. 19. 5. 2010 – 4 AZR 796/08, NZA 2010, 1183 Rn. 31 = BAGE 134, 283; *BAG*, Urteil v. 6. 7. 2011 – 4 AZR 706/09, NZA 2012, 100 Rn. 32 = BAGE 138, 269; *MüKoBGB/Bu-sche*, § 157 BGB Rn. 47.

Tarifvertragsparteien. Die ergänzende Auslegung darf dem Willen keiner Tarifvertragspartei widersprechen.¹²⁸

C. Prämissen für die weitere Untersuchung zu den Maßstäben der Tarifvertragsauslegung und Tarifvertragsfortbildung

Rechtsprechung und Schrifttum begründen ihre Methodenwahl oft nur oberflächlich.¹²⁹ Ohne eine umfassende Untersuchung ist es auch nicht möglich, eine Methodik für die Tarifvertragsauslegung und -fortbildung zu entwickeln und insbesondere ihre Wahl angemessen zu begründen.¹³⁰ Eine solche Untersuchung ist an dieser Stelle nicht zu leisten. Daher werden nachfolgend Prämissen aufgestellt, die die Positionen in Rechtsprechung und Schrifttum berücksichtigen. Diese Prämissen werden der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt.

I. Auslegung des normativen Tarifvertragsteils

Die meisten Ansichten zur Auslegung des normativen Tarifvertragsteils unterscheiden sich im Kern kaum.¹³¹ Das gilt unabhängig davon, ob sie der Gesetzes- oder der Vertragsauslegung folgen. Es ist anerkannt, dass der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien maßgeblich ist. Weitgehend einig ist man sich darüber, dass der Wille der Tarifvertragsparteien aufgrund der Interessen der Normunterworfenen nicht unbegrenzt berücksichtigt werden kann. Das BAG und große Teile des Schrifttums berücksichtigen den Willen der Tarifvertragsparteien daher nur, soweit er Niederschlag im Tarifvertragswortlaut gefunden hat. Schließlich besteht, anders als es das BAG formuliert, kein Rangverhältnis zwischen den Auslegungskriterien, sondern sie stehen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander.¹³²

Dieser – verkürzt dargestellte – Auslegungsmaßstab wird der weiteren Untersuchung zugrunde gelegt. Er reicht aus, um sich mit der Frage auseinanderzusetzen zu können, welchen Einfluss der mögliche Wille der Tarifvertragsparteien, richtlinienkonforme Regelungen zu treffen, auf die Auslegung hat.

¹²⁸ Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grndl. Rn. 500; Thüsing/Braun/Wißmann, 4. Kap. Rn. 167; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1758.

¹²⁹ Anders etwa die Dissertationen von Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung und Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, die sich allein bzw. weit überwiegend mit der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung beschäftigen.

¹³⁰ Vgl. Höpfner, Tarifgeltung, S. 260, der das Spannungsfeld aufzeigt, innerhalb dessen die Methode der Tarifvertragsauslegung ermittelt werden muss, ohne sich abschließend zum Inhalt der Auslegungsmethode zu äußern.

¹³¹ Vgl. Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grndl. Rn. 508.

¹³² Zutreffend Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 955.

II. Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils

Der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags ist als schuldrechtlicher Vertrag gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen. Der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien muss sich daher nicht im Wortlaut des Tarifvertrags niedergeschlagen haben, um berücksichtigt werden zu können.

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist es entbehrlich, abschließend zu der Diskussion Stellung zu beziehen, welche Auslegungsgrundsätze für schuldrechtliche Regelungen gelten, die Dritten einen Anspruch i. S. d. § 328 BGB verschaffen. Im Wesentlichen geht es dabei nur um die Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung in einer seltenen Konstellation: Ist es möglich, eine drittbegünstigende schuldrechtliche Tarifbestimmung über den möglichen Wortsinn hinaus auszulegen, oder wäre das eine Rechtsfortbildung? Die Antwort auf diese Frage wirkt sich nicht auf das etwaige Bestehen einer Pflicht aus, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Sie beeinflusst nur, wo der Bereich der Fortbildung beginnt. Entscheidend für die weitere Untersuchung ist, dass unabhängig von den gewählten Auslegungsgrundsätzen der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien für die Auslegung des gesamten schuldrechtlichen Tarifvertragsteils maßgeblich ist.

III. Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils

Der Vorgang der Lückenfeststellung und -schließung im normativen Teil eines Tarifvertrags wird im weiteren Verlauf der Untersuchung als Tarifvertragsfortbildung bezeichnet.

Voraussetzung der Tarifvertragsfortbildung ist das Bestehen einer Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Tarifvertrags, da sowohl die Gesetzesfortbildung als auch die ergänzende Vertragsauslegung das Bestehen einer Lücke voraussetzen.¹³³ Die Lücke ist daher Voraussetzung der Tarifvertragsfortbildung unabhängig davon, ob die Rechtsfindung den Grundsätzen der Gesetzes- oder der Vertragsauslegung folgt.

Da der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien für die Auslegung des normativen Tarifvertragsteils maßgeblich ist, ist der Regelungsplan ebenfalls nach deren Willen zu beurteilen. Damit ein Tarifvertrag lückenhaft ist, muss es also dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien widersprechen, dass der Tarifvertrag einen Sachverhalt nicht oder überschießend regelt. Der Wille der Tarifvertragsparteien muss sich aber entsprechend der zur Auslegung des normativen Teils aufgestellten Prämisse zumindest im Wortlaut des Tarifvertrags niedergeschlagen haben. Nur, wenn sich aus dem Tarifvertrag ergibt, dass die Tarifvertragsparteien

¹³³ Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 1009.

etwas regeln oder nicht regeln wollten, das der Tarifvertragswortlaut nicht regelt bzw. regelt, ist der Tarifvertrag lückenhaft. Ein Verstoß des Tarifvertrags gegen Art. 3 Abs. 1 GG begründet daher nur dann eine ausfüllungsbedürftige Tarifvertragslücke, wenn sich aus dem Tarifvertrag ergibt, dass die Tarifvertragsparteien das Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes achten wollten. Davon kann aber nicht ohne Weiteres ausgegangen werden, da die Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar grundrechtsgebunden sind.¹³⁴

Es ist nicht zwischen „bewussten“ und „unbewussten Lücken“ zu unterscheiden, um die unzulässige von der zulässigen Tarifvertragsfortbildung abzugrenzen, da der Begriff „bewusste Lücke“ ein Oxymoron ist, wenn man unter einer „Lücke“ eine „planwidrige Unvollständigkeit“ versteht.¹³⁵ Lassen die Tarifvertragsparteien etwas bewusst ungeregt, entspricht die Nichtregelung ihrem Plan. Der Tarifvertrag ist somit nicht planwidrig, sondern dem Regelungsplan entsprechend unvollständig. Der von der herrschenden Meinung aus der Einstufung als „bewusste Lücke“ gezogenen Konsequenz, dass diese nicht zu füllen sein soll, ist jedoch zu folgen – nicht, weil die Lücke bewusst besteht, sondern weil der Tarifvertrag nicht lückenhaft ist.

Besteht eine Tarifvertragslücke, ist sie entsprechend dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien zu schließen. Gibt es mehrere Möglichkeiten, eine Tarifvertragslücke zu schließen, ist die Rechtsprechung nur zur Lückenschließung berechtigt, wenn sich aus dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien ergibt, welche der Möglichkeiten zu wählen ist. Ist das nicht der Fall, muss die Tarifvertragsfortbildung unterbleiben, um die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Tarifautonomie zu schützen. Eine Lückenschließung kann im Übrigen nicht allein damit begründet werden, dass ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht auf andere Weise behoben werden kann.¹³⁶ Tarifvertragsparteien sind nicht unmittelbar an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.¹³⁷ Daher ist es begründungsbedürftig, anzunehmen, dass die Gleichbehandlung durch die Tarifvertragsparteien deren Regelungsplan entspricht. Schließlich sind finanzielle Erwägungen bei der Lückenschließung zu berücksichtigen. Würden sich die finanziellen Belastungen der Arbeitgeber durch eine Lückenschließung erheblich erhöhen, entspricht diese regelmäßig nicht mehr dem gemeinsamen Regelungsplan der Tarifvertragsparteien, da sich das Gegenleistungsverhältnis erheblich verändern würde.

¹³⁴ BAG, Urteil v. 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401 = BAGE 111, 8; BAG, Urteil v. 18. 12. 2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 20 = BAGE 129, 93; BAG, Urteil v. 25. 1. 2012 – 4 AZR 147/10, NZA-RR 2012, 530 Rn. 31 = BAGE 140, 291.

¹³⁵ Vgl. Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 297; siehe aber Larenz, Methodenlehre, S. 379, dem zufolge eine bewusste Lücke vorliegt, wenn der Gesetzgeber eine Frage offen gelassen hat, um ihre Entscheidung der Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen.

¹³⁶ Vgl. Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 296, 82 ff. für den engen Lückenbegriff.

¹³⁷ BAG, Urteil v. 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401 = BAGE 111, 8; BAG, Urteil v. 18. 12. 2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 20 = BAGE 129, 93; BAG, Urteil v. 25. 1. 2012 – 4 AZR 147/10, NZA-RR 2012, 530 Rn. 31 = BAGE 140, 291; NK-GA/Frieling, Art. 3 GG Rn. 46 ff.; Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 312.

Besteht eine Tarifvertragslücke, können Gerichte die Verfahren nicht aussetzen, um den Tarifvertragsparteien die Lückenschließung zu ermöglichen, da eine gesetzliche Grundlage für die Verfahrensaussetzung fehlt. Insbesondere ist § 148 Abs. 1 ZPO nicht einschlägig, der gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG im Verfahren vor den Arbeitsgerichten anwendbar ist. § 148 Abs. 1 ZPO ist auch nicht analog anzuwenden.¹³⁸ Regelungszweck der Norm ist es, aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit zu verhindern, dass dieselbe Frage in mehreren Verfahren geprüft wird.¹³⁹ Diese prozessökonomischen Erwägungen treffen dem ersten Anschein nach zwar auf den bislang ungeregelten Fall zu, dass sich ein Tarifvertrag im arbeitsgerichtlichen Verfahren als lückenhaft erweist. Es mag sinnvoll sein, die Lückenschließung durch die Tarifvertragsparteien abzuwarten, bevor verschiedene Gerichte in unterschiedlichen Verfahren die Lückenschließung prüfen und die Lücke u. U. in unterschiedlicher Weise schließen¹⁴⁰. Jedoch sind die Tarifvertragsparteien nicht dazu verpflichtet, die Lücke zu schließen. Das unterscheidet die Situation wesentlich von der § 148 Abs. 1 ZPO zugrunde liegenden. Ist ein anderer Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses bei einem Gericht anhängig, ist das Gericht in dem anderen anhängigen Rechtsstreit verpflichtet, den Streit zu entscheiden. Zwar wird vorgeschlagen, statt des Wartens auf die gerichtliche Entscheidung des anderen Gerichts den Tarifvertragsparteien eine Frist zu setzen, nach der das Verfahren wieder aufgenommen wird. Damit entfernt man sich indes so weit vom Regelungsbild des § 148 Abs. 1 ZPO, dass eine analoge Anwendung ausscheidet.

IV. Ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils

Der schuldrechtliche Tarifvertragsteil ist entsprechend der für andere schuldrechtliche Verträge geltenden Grundsätze ergänzend auszulegen. Für die über die Auslegung hinausgehende Rechtsfindung werden in Bezug auf den normativen und den schuldrechtlichen Teil also unterschiedliche Begrifflichkeiten gebraucht. Während der Vorgang für den normativen Teil als „Fortbildung“ bezeichnet wird, wird der Vorgang für den schuldrechtlichen Teil als „ergänzende Auslegung“ be-

¹³⁸ Vgl. Stein/Jonas/Roth, § 148 ZPO Rn. 17, dem zufolge ein Verfahren analog § 148 ZPO auszusetzen ist, wenn das BVerfG eine Norm für unvereinbar mit dem Grundgesetz, aber nicht nichtig erklärt und eine gesetzliche Neuregelung abgewartet wird; vgl. MüKoZPO/Fritsche, § 148 ZPO Rn. 19, nach dem § 148 ZPO nicht analog angewendet werden kann, um ein Verfahren vor einer bevorstehenden, nicht rückwirkenden Gesetzesänderung abzuwarten.

¹³⁹ BGH, Beschluss v. 25. 3. 1998 – VIII ZR 337/97, NJW 1998, 1957; MüKoZPO/Fritsche, § 148 ZPO Rn. 1; Stein/Jonas/Roth, § 148 ZPO Rn. 1; vgl. Thomas/Putzo/Seiler, § 148 ZPO Rn. 2.

¹⁴⁰ Vgl. zum Regelungszweck des § 148 ZPO, sich widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, etwa BGH, Beschluss v. 25. 3. 1998 – VIII ZR 337/97, NJW 1998, 1957, MüKoZPO/Fritsche, § 148 ZPO Rn. 1 und Stein/Jonas/Roth, § 148 ZPO Rn. 1.

zeichnet. Wird im weiteren Verlauf der Untersuchung zwischen normativem und schuldrechtlichem Tarifvertragsteil unterschieden, bleibt es bei den Begrifflichkeiten „Fortbildung“ und „ergänzende Auslegung“. Ist es hingegen nicht notwendig, zwischen den beiden Tarifvertragsteilen zu unterscheiden, wird die Rede von einer „Fortbildung des Tarifvertrags“ sein. Damit ist die Fortbildung des normativen und die ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Teils gemeint.

Erforderlich für die ergänzende Tarifvertragsauslegung ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Tarifvertrag. Zu schließen ist eine etwaige Lücke anhand des hypothetischen Parteiwillens. Dabei darf die ergänzende Auslegung dem tatsächlichen Willen der Tarifvertragsparteien nicht widersprechen.

4. Kapitel

Maßstäbe der Rechtsfindung im Primärrecht

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung beruht auf Art. 288 Abs. 3 AEUV.¹ Dieser verpflichtet die nationalen Gerichte dazu, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Daher ist es auch eine Frage des Art. 288 Abs. 3 AEUV, ob Tarifverträge ebenfalls richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Die Frage, wie weit die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung reicht, kann jedoch nur beantwortet werden, wenn feststeht, nach welchen Maßstäben das europäische Primärrecht auszulegen ist.

Zunächst ist entscheidend, dass der AEUV autonom von den nationalen Methodenlehren nach der Methodenlehre des Unionsrechts auszulegen ist.² Ist von Methodenlehre die Rede, ist damit gemeint, nach welchen Regeln das Unionsrecht zu interpretieren ist. Es geht also nur um die Methode der Normanwendung und nicht um die Methode der Normsetzung, die auch vom Begriff der juristischen Methodenlehre erfasst werden kann.³ Nachfolgend werden Ausschnitte einer auf diese Weise verstandenen Unionsmethodenlehre skizziert, die für die weitere Untersuchung relevant sind.⁴

A. Ziel der Auslegung des Primärrechts

Die Frage, welches Ziel die Auslegung verfolgt, wird nicht nur in Deutschland diskutiert, sondern teilweise auch in Bezug auf das Unionsrecht gestellt. Dabei bewegt sich die Diskussion wie in der deutschen Methodenlehre zwischen den Polen „objektiv“ und „subjektiv“. Kommt es also darauf an, die im Primärrecht verkörperten Wertungen zu ermitteln, oder sollte der tatsächliche Wille der Vertragsherren ermittelt werden? Wie man die Frage beantwortet, ist vor allem für die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung sowie den Maßstab der Rechtsfortbildung bedeutsam, jeweils im deutschen methodischen Sinne.

¹ Siehe 1. Teil 2. Kapitel D.I. 1. (S. 81 f.).

² *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 245; vgl. *Fleischer*, RabelsZ 75 (2011), 700, 708; vgl. *Baldus*, GPR 2009, 53, nach dem es „noch keine europäische Methodenlehre“ gibt; zur Frage, ob das Unionsrecht nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge auszulegen ist *Itzcovich*, German L.J. 10 (2009), 537, 540 ff.

³ *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 235; *Fleischer*, RabelsZ 75 (2011), 700, 726; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 52 ff.

⁴ Für eine umfassende Darstellung vgl. etwa *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts; siehe auch *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is.

Für ein subjektiv bestimmtes Auslegungsziel werden die aus der deutschen Methodenlehre bekannten Argumente vorgetragen: die richterliche Gesetzesbindung sowie die Gewaltenteilung.⁵ Damit die Auslegung dazu dienen kann, die Entscheidungen des Normurhebers nachzuvollziehen und ihnen zum Durchbruch zu verhelfen, muss es aber möglich sein, die Ansichten des Normurhebers zu ergründen. Ist das nicht möglich, ändert die Bezeichnung „subjektives Auslegungsziel“ nichts daran, dass letztlich die im Normtext verkörperte Entscheidung maßgeblich ist. In diesem Fall ist es ehrlicher, von einem objektiven Auslegungsziel zu sprechen. So ist es im Primärrecht: Die vorbereitenden Arbeiten zu den Gründungsverträgen, auf denen manche Vertragsnormen noch heute beruhen, sind nur vereinzelt verfügbar. Auf nicht veröffentlichte Materialien darf die Auslegung aber nicht gestützt werden, selbst wenn sie dem EuGH vorliegen.⁶ Sie dennoch zu berücksichtigen, würde dem Grundsatz der Rechtssicherheit als einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts widersprechen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet es, dass es für den Einzelnen vorhersehbar ist, wie Rechtsvorschriften angewendet werden.⁷ Würde der EuGH nicht veröffentlichte Materialien bei der Auslegung berücksichtigen, wäre es – unabhängig von den ohnehin bestehenden Unwägbarkeiten bei der Auslegung – nicht mehr absehbar, wie er eine Primärrechtsnorm verstehen würde. Der Auslegungsvorgang würde zu einer „black box“ geraten, was dem Gebot der Rechtssicherheit, also rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspricht. Solange die Materialien nur eingeschränkt verfügbar sind, kommt ein subjektives Auslegungsziel somit nicht in Betracht.⁸

⁵ So Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 13 ff., die den historischen Normzweck als Auslegungsziel ansehen (S. 16), für die historische Auslegung; für eine „subjective originalist interpretation“ Conway, Limits of Legal Reasoning, S. 247 ff.; für das Sekundärrecht Riesenhuber/Riesenhuber, § 10 Rn. 11, 32 ff., 53 und Riesenhuber/Neuner, § 12 Rn. 18; vgl. Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 383 ff., nach dem der Wille des Unionsgesetzgebers bei der Auslegung des Sekundärrechts „normative Relevanz“ besitzt.

⁶ Vgl. Riesenhuber/Riesenhuber, § 10 Rn. 37; für eine Berücksichtigung frei zugänglicher Materialien Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 14.

⁷ EuGH, Urteil v. 13. 10. 2016 – C-231/15 (Petrotel), NVwZ 2017, 299 Rn. 29.

⁸ Baldus/Vogel, in: FS P. Krause, S. 237, 244, auch m. w. N. zur „einhelligen“ Ablehnung der historischen Auslegung im Primärrecht; wohl Riesenhuber/Riesenhuber, § 10 Rn. 11; vgl. dagegen Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 14, nach denen die Materialien nicht die einzige Informationsquelle sind, um den historischen Normzweck zu ermitteln; für eine objektiv-prinzipienorientierte Auslegung im europäischen Privatrecht Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode, S. 375 f.

B. Mittel bei der Auslegung des Primärrechts

Das Primärrecht gibt nicht vor, welche Auslegungsmittel bei seiner Interpretation zu wählen sind.⁹ Es hat sich aber beim EuGH eingebürgert, wie nach der deutschen Methodenlehre Wortlaut, Systematik und Telos heranzuziehen.¹⁰ Ver einzelt greift der EuGH auch auf die Historie zurück.¹¹

Ausgangspunkt einer Auslegung ist der Wortlaut.¹² Dieser ist unionsautonom zu verstehen.¹³ Wie stark die Bindung an den Wortlaut ist, soll davon abhängen, wie wichtig es ist, dass das Auslegungsergebnis vorhersehbar ist.¹⁴ Weichen die unterschiedlichen Sprachfassungen voneinander ab¹⁵, ist die Wortlautauslegung weniger aussagekräftig, da der AEUV gemäß Art. 55 Abs. 1 Hs. 1 EUV, Art. 358 AEUV in jeder seiner 24 Sprachfassungen gleichermaßen verbindlich ist.¹⁶ Um zu ermitteln, ob die Sprachfassungen divergieren, sind bei einer Auslegung nach dem Wortlaut die verschiedenen sprachlichen Fassungen des AEUV stets zu vergleichen.¹⁷ Bestehen Divergenzen, sind diese aufzulösen, da das Unionsrecht in seinen verschiedenen Sprachfassungen einheitlich auszulegen ist.¹⁸ Es ist aber weder eine Sprachfassung vorrangig noch ist eine Bedeutungsdivergenz nach dem

⁹ *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 4.

¹⁰ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 18 ff. = NJW 1983, 1257.

¹¹ *EuGH*, Urteil v. 27. 11. 2012 – C-370/12 (Pringle), NJW 2013, 29 Rn. 134 f.; *EuGH*, Urteil v. 3. 10. 2013 – C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami), EuZW 2014, 22 Rn. 59; vgl. *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 13, die die historische Auslegung als Teil der systematischen Auslegung begreifen.

¹² *Colneric*, ZEuP 2005, 225, 226; *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 799; *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 12; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 331; ausführlich zur Wortlautauslegung *Sankari*, ECJ Legal Reasoning in Context, S. 90 ff. anhand zahlreicher Beispiele aus der EuGH-Rechtsprechung; vgl. *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 18 ff. = NJW 1983, 1257.

¹³ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 19 = NJW 1983, 1257; *Bengoetxea*, Legal Reasoning, S. 236; vgl. *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 18; vgl. auch *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 335 ff., nach dem der Grundsatz der autonomen Begriffsbildung im Unionsrecht nicht absolut gilt.

¹⁴ So *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 7 insbesondere für das Strafrecht.

¹⁵ Vgl. etwa *EuGH*, Urteil v. 7. 12. 1995 – C-449/93, Slg. 1995, I-4306 Rn. 26 f. = NZA 1996, 471 zur RL 75/125/EWG; zur Entstehung von Sprachdivergenzen im Unionsrecht *Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht, S. 104 ff.

¹⁶ Vgl. *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 10; ausführlich zu den mit den 24 Sprachfassungen verbundenen Schwierigkeiten sowie der Auflösung von Divergenzen zwischen Sprachfassungen *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 337 ff.

¹⁷ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 18 = NJW 1983, 1257; ausführlich zum Umgang des EuGH mit Sprachdivergenzen *Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht, S. 227 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 342; a. A. *Schilling*, ZEuP 2007, 754, 765 ff.

¹⁸ *EuGH*, Urteil v. 29. 4. 2004 – C-341/01 (Plato Plastik Robert Frank GmbH), Slg. 2004, I-4904 Rn. 64 = NVwZ 2004, 970 mit einer allgemeinen Aussage für das Unionsrecht, in

Mehrheitsprinzip aufzulösen.¹⁹ Daher ist die Bedeutungsdivergenz mit Hilfe der weiteren Auslegungsmittel aufzulösen, um den Norminhalt zu ermitteln.²⁰

Teilweise wird es abgelehnt, auf weitere Auslegungsmittel als den Wortlaut zurückzugreifen, wenn dieser „eindeutig“ sei.²¹ Ob auf Systematik und Telos geblickt wird, wird also davon abhängig gemacht, zu welchem Ergebnis die Wortlautauslegung kommt. Das entspricht der lange Zeit in Europa herrschenden *interpretatio cessat in claris*-Regel, der englischen *plain meaning rule* und der noch heute in Frankreich herrschenden *acte clair*-Doktrin.²² Für die Frage, ob nationale Gerichte verpflichtet sind, ein Vorabentscheidungsverfahren anzustrengen, gilt die *acte clair*-Doktrin nach der Rechtsprechung des EuGH noch heute.²³ Dagegen hat sich der EuGH nicht immer an die *in claris*-Regel gehalten, wenn er Normen auslegt.²⁴ Richtigerweise ist die Auffassung auch abzulehnen, die sich dagegen sperrt, auf weitere Auslegungsmittel zurückzugreifen, wenn der Wortlaut einer Norm eindeutig ist.²⁵ Ob die Bedeutung des Wortlauts eindeutig oder offen ist, kann nämlich nur ermittelt werden, indem auf die weiteren Auslegungsmittel zurückgegriffen wird, denn die Bedeutung eines Wortes ist stets kontextabhängig.²⁶ Auch wenn der Wortlaut in allen Sprachfassungen dieselbe Bedeutung hat und eindeutig

der Entscheidung dann auf eine sekundärrechtliche Norm bezogen; ebenso *EuGH*, Urteil v. 29.4.2010 – C-340/08 (M u. a.), Slg. 2010, I-3946 Rn. 44 = NVwZ 2010, 1018.

¹⁹ Baldus/Vogel, in: FS P. Krause, S. 237, 241, 246; Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 10.

²⁰ Bengoetxea, Legal Reasoning, S. 235; Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 339; vgl. *EuGH*, Urteil v. 29.4.2004 – C-341/01 (Plato Plastik Robert Frank GmbH), Slg. 2004, I-4904 Rn. 64 = NVwZ 2004, 970.

²¹ *GA Léger*, Schlussanträge v. 28.9.2004 – C-350/03 (Schulte), Slg. 2004, I-9218 Rn. 88 = BeckRS 2004, 14394; *GA in Trstenjak*, Schlussanträge v. 27.2.2007 – C-330/05 (Granberg), Slg. 2007, I-9874 = BeckEuRS 2008, 70137 Fn. 11; *GA Mengozzi*, Schlussanträge v. 6.11.2008 – C-511/06 (Archer Daniels Midland), Slg. 2009, I-5843 Rn. 169 = BeckEuRS 2008, 482179; vgl. auch *EuGH*, Urteil v. 6.3.2008 – C-98/07 (Nordania Finans), Slg. 2008, I-1299 Rn. 18 = BeckEuRS 2008, 466154 vgl. etwa *EuGH*, Urteil v. 26.2.1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 48 = NJW 1986, 2178 und *EuGH*, Urteil v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 22 = NJW 1994, 2473, wo der EuGH eine unmittelbare horizontale Anwendbarkeit von Richtlinien mit dem Hinweis auf den Wortlaut des heutigen Art. 288 Abs. 3 AEUV ablehnt; vgl. Sankari, ECJ Legal Reasoning in Context, S. 112, nach der ein Normtext selbst dann teleologisch und systematisch auszulegen ist, „even when the wording ‚seems to be clear‘“.

²² Dazu Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 360 f. m. w. N.; der *in claris*-Doktrin schließen sich Lenaerts/Gutiérrez-Fons, To Say What the Law of the EU Is, S. 7 an.

²³ Erstmals *EuGH*, Urteil v. 6.10.1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 16 ff. = NJW 1983, 1257.

²⁴ Roth, RabelsZ 75 (2011), 787, 828 ff. und Itzcovich, German L.J. 10 (2009), 537, 550 Fn. 24 m. w. N.

²⁵ Dazu m. w. N. MüKoBGB/Säcker, Einl. Rn. 116.

²⁶ Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 11; Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 363 f.; vgl. Riesenhuber, ERCL 6 (2010), 384, 394; *GA Capotorti*, Schlussanträge v. 13.7.1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3432, 3436; *GA in Stix-Hackl*, Schlussanträge v. 12.4.2005 – C-495/03 (Intermodal Transports BV), Slg. 2005, I-8154 Rn. 87 = BeckEuRS 2005, 411766.

zu sein scheint, ist eine Norm daher systematisch und teleologisch auszulegen, um ihren Inhalt zu ermitteln.

Die systematische Auslegung erfordert es nach der Rechtsprechung des EuGH, eine Vorschrift in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Unionsrechts auszulegen.²⁷ Es kann etwa darauf ankommen, unter welcher Überschrift die Vorschrift steht und welche Funktion sie für das Vertragswerk hat.²⁸ Grund dafür ist, dass die Verträge möglichst als eine harmonische Einheit zu interpretieren sind, in der den einzelnen Normen jeweils eine sinnvolle Aufgabe zukommt.²⁹ Die Grenze der systematischen Auslegung zur teleologischen Auslegung ist dabei nicht immer klar zu ziehen.³⁰

Die teleologische Auslegung spielt eine wichtige Rolle bei der Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH.³¹ Dabei sind sowohl die Zwecke der jeweiligen Norm als auch die Ziele der Union insgesamt zu berücksichtigen.³² Letzteres ist aufgrund des Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 EUV geboten.³³ Dieser verpflichtet den Gerichtshof der Europäischen Union u. a. dazu, die Ziele der Union zu verfolgen. Welche Ziele die Union verfolgt, erklärt Art. 3 EUV. Das bedeutet indes nicht, dass eine unbegrenzte Rechtsfortbildung – nach deutschem Methodenverständnis – zulässig ist, um die normierten Ziele zu erreichen.³⁴ Im Rahmen der Normauslegung argumentiert der EuGH zudem häufig mit dem *effet utile* einer Norm. Greift der EuGH auf dieses Kriterium zurück, möchte er sicherstellen, dass eine Norm praktisch wirksam ist.³⁵ Unter Wirksamkeit ist zu verstehen, dass die Norm das von ihrem Urheber angestrebte Ziel auch erreicht. Daher ist eine auf den *effet utile* gestützte

²⁷ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 20 = NJW 1983, 1257; so auch *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011), 787, 800; ausführlich zur systematischen Auslegung *Bengoetxea*, *Legal Reasoning*, S. 240 ff.; zu den Schwierigkeiten der systematischen Auslegung im Unionsrecht *Danwitz*, *EuR* 2008, 769, 781.

²⁸ *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 22.

²⁹ *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, S. 431.

³⁰ Vgl. *Sankari*, *ECJ Legal Reasoning in Context*, S. 111; vgl. *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, S. 455.

³¹ Vgl. *Dederichs*, *Die Methodik des EuGH*, S. 90 ff., nach der die teleologische Auslegung in Entscheidungen des EuGH in ihrer Bedeutung unmittelbar der grammatischen Auslegung folgt. Die systematische Auslegung soll demgegenüber weniger bedeutend sein; vgl. *Bengoetxea*, *Legal Reasoning*, S. 251 ff., der von „dynamic criteria“ spricht und diese in „functional [u. a. *effet utile*], teleological, and consequentialist arguments“ unterteilt.

³² Vgl. *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, S. 457.

³³ *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011), 787, 802 f.; *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, S. 471; vgl. *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C. I. L. F. I. T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 20 = NJW 1983, 1257; berücksichtigt hat der EuGH die Ziele der EU etwa in *EuGH*, Urteil v. 5. 5. 1982 – Rs. 15/81 (Schul), Slg. 1982, 1410 Rn. 33 = *BeckEuRS* 1982, 97853 oder *EuGH*, Urteil v. 25. 7. 2008 – C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241 Rn. 68 = *EuZW* 2008, 577.

³⁴ Zu den Grenzen der Rechtsfindung siehe I. Teil 4. Kapitel G. (S. 125 ff.).

³⁵ *EuGH*, Beschluss v. 4. 12. 1974 – Rs. 41/74 (van Duyn), Slg. 1974, 1338 Rn. 12 = *BeckRS* 2004, 71134; *EuGH*, Urteil v. 19. 11. 1991 – C-6/90, C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5403 Rn. 32 = NJW 1992, 165; für das Sekundärrecht etwa *EuGH*, Urteil v. 4. 10. 2011 – C-403/08 (Football Association Premier League), Slg. 2011, I-9159 Rn. 163 = *EuZW* 2012, 466; nach

Auslegung ein Unterfall der teleologischen Auslegung.³⁶ Bei der teleologischen Auslegung greift der EuGH ferner auf die Präambel des EUV zurück.³⁷ Diese formuliert u. a.: „Entschlossen, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, in der die Entscheidungen entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip möglichst bürgernah getroffen werden, weiterzuführen“. Die Zielrichtung, eine immer engere Union zu verwirklichen, mag auch hinter manchem Urteil des EuGH stehen, das die Öffentlichkeit als sehr weitreichend wahrnimmt.³⁸

In der Vergangenheit hat die historische Auslegung keine Rolle beim EuGH gespielt. Das wurde vor allem damit begründet, dass die Öffentlichkeit keinen Zugang zu den vorbereitenden Materialien für die europäischen Verträge hatte.³⁹ Diese Sichtweise wandelt sich derzeit, weil etwa die Materialien des Europäischen Konvents veröffentlicht sind, der die gescheiterte Europäische Verfassung vorbereitete.⁴⁰ Der EuGH etwa hat in den letzten Jahren vereinzelt auf die sogenannten *travaux préparatoires* zurückgegriffen.⁴¹ Generalanwältin Kokott erklärt die historische Auslegung zu einem „ergänzenden Auslegungsmittel“, auf das zurückge-

Seyr, *Effet Utile*, S. 281 ff. meint der EuGH, wenn er von „voller“ Wirksamkeit spricht, nichts Anderes, als wenn er von „praktischer“ Wirksamkeit spricht.

³⁶ *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 25; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 463; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. II, Rn. 439; a. A. Seyr, *Effet Utile*, S. 275 ff., die den *effet utile* als eigene Auslegungsmethode begreift.

³⁷ *EuGH*, Urteil v. 5. 12. 1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 7, 24 = BeckEuRS 1963, 3705; *EuGH*, Urteil v. 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 456 Rn. 8 = BeckEuRS 1976, 53615; *Cappelletti*, E. L. Rev. 12 (1987), 3, 8 f., *Arnulf*, L. Q. R. 112 (1996), 411, 413; *Everling*, JZ 2000, 217, 223 und *Pollicino*, German L. J. 5 (2004), 283, 289, 296 f., die es für legitim halten, bei der Auslegung auf die Präambel zurückzugreifen; kritisch *Rasmussen*, Law and Policy, S. 36 f., 62.

³⁸ Vgl. *Maduro*, EJLS 1 (2007), 137, der von einer Orientierung am „constitutional telos“ und „meta-teleological reasoning“ spricht; auf teleologische Auslegungsmittel gestützte Rechtsprechung, die über den Text hinausgeht oder ihm widerspricht, kritisiert *Brittain*, Irish Jurist 55 (2016), 134.

³⁹ *Kutscher*, in: Court of Justice of the European Communities (Hrsg.), Judicial and Academic Conference 27–28 September 1976, I-21, der Richter am EuGH und wenig später dessen Präsident war; *Baldus/Vogel*, in: FS P. Krause, S. 237, 244; *Itzcovich*, German L. J. 10 (2009), 537, 554; *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 33; vgl. *GA'in Kokott*, Schlussanträge v. 17. 1. 2013 – C-583/11 (Inuit Tapiriit Kanatami), BeckEuRS 2013, 695573 Rn. 32; kritisch *Leisner*, EuR 2007, 689.

⁴⁰ *Itzcovich*, German L. J. 10 (2009), 537, 554; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 19 ff., nach denen die Materialien in den kommenden Jahren mehr Bedeutung erlangen könnten; *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 34; vgl. *Dann*, German L. J. 6 (2005), 1453, 1463; vgl. *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 14, nach denen die Entstehungsgeschichte im Primärrecht nicht „gänzlich bedeutungslos“ ist; mittlerweile sind teilweise auch die Gründungsverträge vorbereitenden Materialien zugänglich, vgl. *Schulze/Hoeren*, Dokumente zum Europäischen Recht Bd. 2.

⁴¹ *EuGH*, Urteil v. 3. 10. 2013 – C-583/11 P (Inuit Tapiriit Kanatami), EuZW 2014, 22 Rn. 50, 59; *GA'in Kokott*, Schlussanträge v. 17. 1. 2013 – C-583/11 (Inuit Tapiriit Kanatami), BeckEuRS 2013, 695573 Rn. 32; vgl. *EuGH*, Urteil v. 27. 11. 2012 – C-370/12 (Pringle), NJW 2013, 29 Rn. 135, wo sich der EuGH auf die Entstehungsgeschichte des Vertrags von Maastricht bezieht; ausführlich dazu *Miettinen/Kettunen*, Travaux to the Treaties: Treasures or trivia?

griffen werden soll, „wenn [...] die Bedeutung einer Vorschrift unter Berücksichtigung ihres Wortlauts, des Regelungszusammenhangs und der verfolgten Ziele im Unklaren bleibt“.⁴²

In manchen Fällen greift der EuGH außerdem auf die Rechtsvergleichung zurück.⁴³ Diese Methode ist jedoch für die Untersuchung ohne Bedeutung, sodass darauf verzichtet wird, sie näher darzustellen.

Unter den drei Auslegungsmitteln Wortlaut, Zweck und Systematik besteht kein Rangverhältnis.⁴⁴ Das Gewicht, das ihnen im Einzelfall zukommt, kann variieren.⁴⁵ Das gilt insbesondere für den Wortlaut. Bedeutungsunterschiede zwischen den gleichermaßen verbindlichen Sprachfassungen sind praktisch kaum vermeidbar. Bestehen Bedeutungsdivergenzen, ist das Gewicht des Auslegungsmittels Wortlaut in einer Abwägung grundsätzlich gering.⁴⁶ In je mehr Sprachfassungen der Wortlaut jedoch für ein bestimmtes Normverständnis spricht, desto mehr Gewicht kommt diesem über die Wortlautauslegung ermittelten Normverständnis bei der Abwägung zu.⁴⁷ Ein Mehrheitsprinzip, nach dem sich stets das Wortlautverständnis der meisten Sprachfassungen durchsetzt, ist damit indes nicht verbunden.

C. Keine Wortlautgrenze für das Normverständnis des Primärrechts – Zulässigkeit der Rechtsfortbildung nach deutschem Methodenverständnis

In Deutschland ist anerkannt, dass der EuGH nicht nur zur Rechtsfindung innerhalb des Wortlauts befugt ist, sondern auch darüber hinaus gehen darf.⁴⁸ Teilweise wird vertreten, dass der Wortlaut bereits deshalb nicht als Grenze fungieren könne,

⁴² *GA'in Kokott*, Schlussanträge v. 17. 1. 2013 – C-583/11 (Inuit Tapiriit Kanatami), BeckEuRS 2013, 695573 Rn. 32.

⁴³ Dazu *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 35 ff.; ein bekanntes Beispiel für den Rückgriff auf die Rechtsvergleichung ist *EuGH*, Urteil v. 5. 3. 1996 – C-46/93, C-48/93 (Factortame), Slg. 1996, I-1131 Rn. 27 ff. = NJW 1996, 1267.

⁴⁴ *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 4; *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 40.

⁴⁵ Vgl. *Colneric*, ZEuP 2005, 225, 227, nach der die „Aussagekraft des einzelnen Wortes“ im Unionsrecht geringer ist als im „monosprachlichen Umfeld“.

⁴⁶ Zur Frage, ob der Wortlaut die äußerste Grenze der Auslegung des Primärrechts vorgibt, siehe nachfolgend 1. Teil 4. Kapitel C. (S. 118 f.).

⁴⁷ Vgl. *Schübel-Pfister*, Sprache und Gemeinschaftsrecht, S. 273 f.

⁴⁸ Etwa *BVerfG*, Beschluss v. 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85 (Kloppenburg), BVerfGE 75, 223, 242 ff. = NJW 1988, 1459, das die Kompetenz des EuGH zur Rechtsfortbildung anerkennt und damit den Wortlaut nicht als Grenze der Rechtsfindung ansieht; siehe dagegen *Hartley*, L. Q. R. 112 (1996), 95, der Urteile kritisch sieht, die sich außerhalb des Wortlauts bewegen oder gegen den Wortlaut ergehen; a. A. *Conway*, Limits of Legal Reasoning, S. 248 ff., der eine „subjective originalist interpretation“ befürwortet und den EuGH nur ausnahmsweise für befugt erachtet, Lücken zu schließen, S. 166 ff.

weil die Verträge in allen Sprachfassungen gleichermaßen verbindlich sind.⁴⁹ Es wird also bezweifelt, dass eine Wortlautgrenze überhaupt praktikabel ist.

Ein klares Zeichen dafür, dass das Normverständnis nach der Vorstellung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge nicht an der Wortlautgrenze endet, ist Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV.⁵⁰ Danach ist der Gerichtshof der Europäischen Union dazu berufen, nicht nur darauf zu achten, dass die Verträge nicht verletzt werden, sondern auch dazu, das Recht zu wahren. Damit wird eine Differenzierung zwischen „der Auslegung und Anwendung der Verträge“ und der „Wahrung des Rechts“ deutlich. Diese Unterscheidung existiert auch in anderen Sprachfassungen und verdeutlicht, dass der Gerichtshof der Europäischen Union etwas wahren muss, das über die Verträge hinausgeht.⁵¹ Ansonsten hätte die bloße Aussage genügt: „Er sichert die Auslegung und Anwendung der Verträge“. Zwar umschreibt Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV lediglich die Aufgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union und macht damit auf den ersten Blick keine Vorgabe für andere Interpreten der Verträge. Jedoch legt der EuGH als Bestandteil des Gerichtshofs der Europäischen Union das Unionsrecht verbindlich und letztinstanzlich aus. Fordern die Mitgliedstaaten die letztinstanzliche „Auslegungsinstitution“ dazu auf, nicht nur die Verträge, sondern auch das Recht zu wahren, machen sie damit auch für andere Interpreten als den Gerichtshof der Europäischen Union Vorgaben.

Wie bereits dargestellt, vertreten dagegen manche die sogenannte *in claris*-Doktrin. Es soll unzulässig sein, auf andere Auslegungsmethoden als den Wortlaut zurückzugreifen, wenn dieser „eindeutig“ ist. Da diese Äußerungen vom EuGH, den Generalanwälten oder EuGH-Richtern getätigt wurden, liegt ihnen ein weiter Auslegungsbegriff zugrunde, der auch den Bereich der Rechtsfortbildung nach deutscher Vorstellung umfasst. Lehnen diese Personen es ab, bei einem „eindeutigen Wortlaut“ auf weitere Auslegungsmethoden zurückzugreifen, erkennen sie den „eindeutigen Wortlaut“ als Grenze des Normverständnisses an, der auch nicht im Wege der Rechtsfortbildung überwunden werden kann. Dass diese *in claris*-Doktrin jedoch nicht überzeugt, wurde bereits zuvor dargelegt.

⁴⁹ Schroeder, in: FS 50 Jahre ZfRV, S. 199, 204; vgl. Danwitz, EuR 2008, 769, 781; vgl. Baldus/Vogel, in: FS P. Krause, S. 237, 242 f.

⁵⁰ Everling, JZ 2000, 217, 221; Calliess, NJW 2005, 929 ff.; Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 135 ff.; Roth, RabelsZ 75 (2011), 787, 821 ff.; Schroeder, in: FS 50 Jahre ZfRV, S. 199, 202; vgl. BVerfG, Beschluss v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), BVerfGE 126, 286, 305 = NJW 2010, 3422; a. A. Brittain, Irish Jurist 55 (2016), 134, 159 f.; vgl. Conway, Limits of Legal Reasoning, S. 128 f.; Rasmussen, Law and Policy, S. 207 f.

⁵¹ Pescatore, The Law of Integration, S. 74 ff.; a. A. Rasmussen, Law and Policy, S. 207 f.

D. Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung

In Deutschland ist es in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu unterscheiden.⁵² Diese Unterscheidung ist nicht nur dem EuGH fremd, sondern ein deutscher Sonderweg in der Methodenlehre.⁵³ Doch welche Gründe werden in der deutschen Methodenlehre für diesen Sonderweg vorgebracht und sind diese Gründe auch auf Unionsebene einschlägig? Mit anderen Worten, sollte bei der Auslegung des Unionsrechts zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterschieden werden, obwohl es der EuGH bislang nicht macht?

In Deutschland wird die Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung mit der Gewaltenteilung begründet.⁵⁴ In einem Rechtssystem, in dem Gewaltenteilung herrsche, sei es grundsätzlich der Legislative vorbehalten, Recht zu setzen.⁵⁵ Wolle der Richter diese Macht wahrnehmen, müsse er das begründen.⁵⁶ Rechtsfortbildung wird daher im Vergleich zur Auslegung als in besonderem Maße begründungsbedürftig angesehen.⁵⁷ Auch das Vertrauen in den Rechtsstaat verlange eine sorgfältige Begründung.⁵⁸ Rechtsprechung muss für den Bürger nachvollziehbar sein, damit sein Vertrauen in den Rechtsstaat, die Gesetzesbindung der Judikative sowie die Gewaltenteilung nicht geschmälert wird. Gehen Gerichte über den Wortsinn einer Norm hinaus, soll die Begründungslast steigen,⁵⁹ da nicht ersichtlich ist, warum die Rechtsprechung das vom Gesetzgeber vorgegebene Programm überschreitet und sich damit auf den ersten Blick in Widerspruch zur

⁵² Vgl. statt Vieler *BAG*, Urteil v. 24. 3. 2009 – 9 AZR 983/07, NZA 2009, 538 Rn. 57 ff. = BAGE 130, 119 und *Larenz*, Methodenlehre, S. 366 ff.; explizit für eine Unterscheidung eintretend *Kamanabrou*, JZ 2018, 886, 888; vgl. dagegen *Jestaedt*, in: Richterrecht, S. 49, 58 ff.; der Unterscheidung keine entscheidende Bedeutung messen *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 254 und *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 503 f. bei, nach denen die entscheidende Grenze nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, sondern zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung verläuft; a. A. *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, 504, 505 f.; *Pöters/Christensen*, JZ 2011, 387, 388, 394.

⁵³ *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen Bd. II, S. 1280; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 367; vgl. *Colneric*, ZEuP 2005, 225, 230.

⁵⁴ *Larenz*, Methodenlehre, S. 369; *Riesenhuber*, ERCL 6 (2010), 384, 396.

⁵⁵ *Riesenhuber*, ERCL 6 (2010), 384, 396.

⁵⁶ *Larenz*, Methodenlehre, S. 369; *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 78 f.

⁵⁷ *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 247; *Larenz*, Methodenlehre, S. 369; *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 260; *Frieling/Münder*, NZA 2017, 766; vgl. *Säcker*, in: Huang/Säcker/Schubert (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht, S. 11, 14; vgl. *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, S. 102, nach dem an die Zulässigkeit von Rechtsfortbildung strengere Voraussetzungen zu stellen sind als an die von Auslegung; für das Unionsrecht *Riesenhuber*, ERCL 6 (2010), 384, 396; vgl. *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 5; vgl. *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 120, nach dem richterliche Rechtsfortbildung in der Regel aber voraussetzt, dass das BVerfG das Gesetz als verfassungswidrig verwirft.

⁵⁸ *Larenz*, NJW 1965, 1, 10; vgl. *Hassold*, in: FS Larenz, S. 211, 217.

⁵⁹ *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 260.

verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Judikative setzt.⁶⁰ Offenzulegen und zu begründen, dass ein Gericht die Grenze des gesetzgeberischen Programms überschreitet, soll zudem der Methodenehrlichkeit dienen⁶¹ sowie die Rechtsfortbildung überprüfbar machen.⁶²

Blickt man auf die Argumentation aus dem deutschen Methodenschrifttum ist es sinnvoll, auch auf Ebene des Primärrechts zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu differenzieren.⁶³ Die Rechtsprechung des EuGH wird vielfach dafür kritisiert, ihre Urteile nur unzureichend zu begründen.⁶⁴ Diese Kritik ist umso mehr berechtigt, je weiter sich die Rechtsprechung von der Primärrechtsnorm entfernt und dadurch in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten einzugreifen droht. Eine Rechtsprechung, die über das in den Verträgen Geregelte hinausgeht, greift grundsätzlich in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten ein, da gemäß Art. 5 Abs. 2 EUV das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt. Unterscheidet man im Primärrecht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung, führt das zu einem transparenteren, weil offengelegten Rechtsfindungsprozess und damit zu einer größeren Akzeptanz der Rechtsfindung. Offengelegt werden könnte der Rechtsfindungsprozess zwar auch, indem bei extensiven Auslegungen begründet wird, warum die Grenzen der Rechtsfindung nicht überschritten sind. Von einem derartigen Vorgehen geht indes eine geringere disziplinierende Wirkung auf die Rechtsprechung aus. Das lässt sich in der Rechtsprechung des EuGH beobachten, die nur selten auf die Grenzen der primärrechtlichen Rechtsfindung eingeht. Ein positives Begründungserfordernis, warum die Rechtsfortbildung zulässig ist, fungiert dagegen als eine Art „Warnschild“ und verdeutlicht dem Richter, dass er sich nahe seinen Kompetenzgrenzen bewegt.⁶⁵ Damit sichert die Unterscheidung

⁶⁰ Vgl. *Larenz*, NJW 1965, 1, 10; vgl. zur Verschränkung der Aufgaben von Judikative und Legislative bei der Rechtsfortbildung *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 153 ff.

⁶¹ *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 5; *Riesenhuber*, ERCL 6 (2010), 384, 396.

⁶² *Larenz*, NJW 1965, 1, 10; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 5.

⁶³ *Riesenhuber*, ERCL 6 (2010), 384, 396: „To distinguish interpretation and development of the law is, however, also and most importantly a legal requirement“; ebenso *Schilling*, ZEuP 2007, 754, 768: Wortlautgrenze der Auslegung, die nach *Schilling* für jede Sprachfassung gesondert festzustellen ist, ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips und hat damit den Rang von Primärrecht; *Klatt*, Wortlautgrenze, S. 26; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 58 unter Hinweis auf die „methodischen Unterschiede“ zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 5; *Roth*, RablsZ 75 (2011), 787, 819 ff.; vgl. *Riesenhuber/Pechstein/Drechsler*, § 7 Rn. 56 ff.; a. A. *Riesenhuber/Neuner*, § 12 Rn. 2, der in der Kritik am weiten Auslegungsbegriffs des EuGH lediglich „den Vorhalt eines unpräzisen Sprachgebrauchs“ sieht; a. A. auch *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 504 mangels inhaltlicher Relevanz der Unterscheidung.

⁶⁴ Zur Kritik am Urteilsstil des EuGH *Everling*, EuR 1994, 127; mit Nachweisen für die Kritik daran, wie der EuGH die Urteile in den Rechtssachen *Viking*, *Laval* und *Alemo-Herron* begründet, *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht, S. 41 f.

⁶⁵ Vgl. *Riesenhuber*, ERCL 6 (2010), 384, 396; ähnlich für die Differenzierung in der deutschen Methodenlehre *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 831.

zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung bei der Rechtsfindung im Primärrecht die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten besser ab, als es ein weiter Auslegungsbegriff imstande ist.

Selbst wenn man bei der Rechtsfindung im europäischen Primärrecht nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet, sondern einen weiten Auslegungsbegriff zugrunde legt, wird die Rechtsfindung jedoch nicht zu anderen Ergebnissen gelangen: Die Voraussetzungen der Rechtsfortbildung und die Grenzen einer weit verstandenen Auslegung, also die Grenzen der (deutschen) Rechtsfortbildung, sind zwei Seiten derselben Medaille. Es verändert sich nur der Blickwinkel. Im ersten Fall wird begründet, dass sich die Judikative innerhalb ihrer Kompetenzen hält, im zweiten Fall wird hingegen „aus der anderen Richtung“ argumentiert, dass die Judikative ihre Kompetenzen nicht überschreitet. Außerdem sollte sich idealtypisch der Argumentationsaufwand, der betrieben werden muss, um zu begründen, dass eine Rechtsfortbildung zulässig ist, mit dem Argumentationsaufwand für eine weit verstandene Auslegung decken. Die deutsche Methodenlehre gibt einen Pfad vor, auf dem begründet werden kann, dass eine Rechtsfortbildung zulässig ist: das Vorliegen einer Lücke. Dieser feste Pfad ist nicht vorgegeben, wenn der Auslegungsbegriff weit verstanden wird. Dennoch sollten auch bei einem weiten Auslegungsbegriff im Kern ähnliche Erwägungen angestellt werden: Es sollte begründet werden, warum dem Wortlaut lediglich ein geringes Gewicht zukommt und teleologische Erwägungen bei der Rechtsfindung ausschlaggebend sein sollen.

Verzichtet man darauf, zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung zu unterscheiden, unterscheidet sich also nicht das Ergebnis der Rechtsfindung, sondern nur der Begründungsweg.

E. Möglicher Wortsinn aller 24 Sprachfassungen als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung

In der deutschen Methodenlehre wird der mögliche Wortsinn regelmäßig als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung angesehen.⁶⁶ Gleichwohl wird der Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung als fließend bezeichnet.⁶⁷

Die Wortsinn Grenze wird jedoch auch verschiedentlich kritisiert. Dabei basiert die Kritik zum einen darauf, dass von einem subjektiven Auslegungsziel ausgegangen wird. Sieht man es als Ziel der Auslegung an, die gesetzgeberische Wertentscheidung zu ermitteln, markiert diese Wertentscheidung und nicht der mög-

⁶⁶ Etwa *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 20; *Larenz*, Methodenlehre, S. 366; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 467 f.

⁶⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 23; vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 366 f.

liche Wortsinn die Grenze zwischen der Anwendung legislativ gesetzter Maßstäbe (Auslegung) und der judikativen Maßstabssetzung (Rechtsfortbildung).⁶⁸ Zum anderen wird die Kritik auf sprachtheoretische Argumente gestützt. Der Inhalt der zahlreichen Monographien und Aufsätzen zur Frage, ob eine Wortsinnngrenze sprachlich möglich ist, wird nachfolgend nicht dargestellt.⁶⁹ Vielmehr wird die Prämisse gesetzt, dass dem Wortsinn bei der Auslegung zumindest eine negative Abgrenzungsfunktion⁷⁰ zukommt. Würde man die Grenzfunktion des Wortsinns ablehnen, gerieten die Gewaltenteilung sowie die Gesetzesbindung des Richters, die Voraussetzung für einen Rechtsstaat ist, in Gefahr.⁷¹ Gewaltenteilung, Gesetzesbindung und Rechtsstaat sieht das Grundgesetz aber als änderungsfesten Kern der Verfassung an. Die negative Abgrenzungsfunktion lässt sich an einem von Neuner gebildeten Beispiel illustrieren: Ob ein „Wolfshund“ unter die Aussage „Mitführen von Hunden verboten“ fällt, mag unklar sein. Eine Katze fällt jedoch sicher nicht darunter.⁷²

Wie zuvor dargelegt worden ist, wird davon ausgegangen, dass das Ziel der Primärrechtsauslegung objektiv zu bestimmen ist.⁷³ Der Wortsinn kommt daher in Anlehnung an die überwiegende Ansicht in der deutschen Methodenlehre als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung in Betracht. Auch wenn man anerkennt, dass der mögliche Wortsinn grundsätzlich die Auslegung begrenzen kann, wird angezweifelt, dass er das in einer multilingualen Rechtsordnung zu leisten vermag.⁷⁴ Diese Zweifel sind jedoch nicht berechtigt. Erkennt man dem Wortsinn in einer monolingualen Rechtsordnung eine Grenzwirkung zu, kann der Wortsinn auch in jeder der 24 Sprachfassungen die Auslegung begrenzen. Schwierigkeiten entstehen zwar dadurch, dass sich die Auslegungsgrenze in den unterschiedlichen Sprachfassungen aufgrund von Bedeutungsdivergenzen unterscheiden kann. Das führt jedoch nicht dazu, dass dem Wortsinn gar keine Grenzwirkung mehr zukommt.⁷⁵ Vielmehr liegt die Grenze der Auslegung im Wortsinn der Sprachfassung, die in ihrer Bedeutung am weitesten reicht.⁷⁶

⁶⁸ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 734 ff.

⁶⁹ Siehe etwa Schiffauer, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis; Depenheuer, Der Wortlaut als Grenze; Christensen, Gesetzesbindung; Klatt, Wortlautgrenze; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 90 ff.; Pötters/Christensen, JZ 2011, 387, 389 ff.

⁷⁰ Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 73 f.; Gusy, JuS 1983, 189, 194; Larenz, Methodenlehre, S. 322 f., siehe auch Fn. 19a; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 102; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 64 ff.; vgl. Martens, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 368 f., der eine Wortlautgrenze im Unionsrecht aber ablehnt.

⁷¹ Vgl. Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 73; vgl. Pötters/Christensen, JZ 2011, 387, 391, die konsequenterweise die Gesetzesbindung als Fiktion bezeichnen.

⁷² Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 102.

⁷³ Siehe dazu zuvor 1. Teil 4. Kapitel A. (S. 112 f.).

⁷⁴ Schroeder, in: FS 50 Jahre ZfRV, S. 199, 204; vgl. Baldus/Vogel, in: FS P. Krause, S. 237, 242 f.; vgl. Danwitz, EuR 2008, 769, 781.

⁷⁵ Riesenhuber/Neuner, § 12 Rn. 17.

⁷⁶ Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 72 ff.; Riesenhuber, ERCL 6 (2010), 384, 399; vgl. Roth, RabelsZ 75 (2011), 787, 819, nach dem der mögliche Wortsinn im Unionsrecht

F. Voraussetzungen der Primärrechtsfortbildung

Überträgt man die aus der deutschen Methodenlehre bekannte Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung auf das Primärrecht, bietet es sich an, auch die Voraussetzung für eine zulässige Rechtsfortbildung aus der deutschen Methodenlehre zu übertragen: das Vorliegen einer Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit.⁷⁷ Es wird der von Canaris in seiner Dissertation⁷⁸ beschriebene Maßstab zugrunde gelegt. Unvollständig ist das Primärrecht daher, wenn der mögliche Wortsinn die vermisste Regelung nicht umfasst.⁷⁹ Da das Ziel der Primärrechtsauslegung objektiv zu bestimmen ist, ist auch die Planwidrigkeit an einem objektiven Maßstab zu messen. Es kommt darauf an, ob es gemessen an der gesamten Unionsrechtsordnung planwidrig ist, dass das Primärrecht eine bestimmte Regelung nicht vorsieht.⁸⁰ Die Rechtsordnung muss in ihrer Gesamtheit daher diese bestimmte Regelung fordern.⁸¹ Dazu sind die hinter dem Primärrecht stehenden Wertungen zu erforschen,⁸² um zu ergründen, ob gleichartige Tatbestände möglicherweise ungleich behandelt werden. Für die Frage der Lückenhaftigkeit kommt es daher auf die Rechtsähnlichkeit des geregelten und des unregulierten Falls an.⁸³

weniger tauglich ist als im nationalen Recht; vgl. Riesenhuber/Neuner, § 12 Rn. 17 für verschiedene Varianten einer Wortsinngrenze der Rechtsfindung bei Analogieverboten; a. A. Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 10 f.; Köndgen, GPR 2005, 105.

⁷⁷ Vgl. Riesenhuber, ERCL 6 (2010), 384, 399 ff., der die Voraussetzung einer Lücke auf die Rechtsfindung im Sekundärrecht überträgt; vgl. Lenaerts/Gutiérrez-Fons, To Say What the Law of the EU Is, S. 28, die den EuGH für berechtigt halten, Lücken zu füllen, auch wenn sich hinter „gap“ in der Formulierung „gap filling“ nicht das Verständnis des in der deutschen Methodenlehre inhaltlich stark aufgeladene Lückenbegriffs verbirgt; Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 76, zur Möglichkeit einer Lücke im Gemeinschaftsrecht, S. 76 ff.; vgl. BVerfG, Beschluss v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), BVerfGE 126, 286, 306 = NJW 2010, 3422, wonach u. a. eine Lücke Anlass zu richterlicher Rechtsfortbildung geben kann; vgl. Calliess, NJW 2005, 929, 930, 932; für wesentlich engere Grenzen für „judicial activism“ Rasmussen, Law and Policy, S. 63, 71, 184 f., 188, 508 („Democratic Myth/Reality Gap test“).

⁷⁸ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz.

⁷⁹ Vgl. zur deutschen Methodenlehre Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 20 ff. und ders., in: FS Bydlinski, S. 47, 82.

⁸⁰ Vgl. Arnulf, L. Q. R. 112 (1996), 411, 414 f., der die rechtsfortbildende Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Richtlinienwirkung für zulässig erachtet, weil der EuGH eine Frage, zu der der Vertrag schweigt, in einer Weise entschieden hat „which conformed to both its [der des Vertrags] spirit and its general scheme“. Das kommt der Voraussetzung einer an der Gesamtrechtsordnung gemessenen Lücke für die Rechtsfortbildung nahe. Zu diesem Maßstab in der deutschen Methodenlehre Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39.

⁸¹ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 39.

⁸² Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 56 f.

⁸³ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 71 f.

G. Grenzen der Primärrechtsfortbildung

Die Lücke als Voraussetzung beschreibt den Weg, der beschritten werden muss, um eine Rechtsfortbildung zu begründen. Wichtiger ist jedoch, wie der Weg begrenzt ist und wo er endet. Gemeint sind die Grenzen der Rechtsfortbildung. Diese Grenzen sind auch die Grenzen einer weit verstandenen Auslegung. Unabhängig davon, ob man den Rechtsfindungsprozess einstufig (weit verstandene Auslegung) oder zweistufig (Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung) ausgestaltet, ist anerkannt, dass Rechtsfindung nicht grenzenlos ist. Grund dafür ist, dass Gerichte in einem Rechtsstaat mit Gewaltenteilung oder – auf EU-Ebene – mit institutionellem Gleichgewicht keine unbegrenzte Kompetenz besitzen.

Die Frage nach den Grenzen der Rechtsfortbildung ist stets eine Frage nach den Kompetenzgrenzen der Judikative. Dabei kann man zwischen den Organ- und Verbandskompetenzen unterscheiden.⁸⁴ Die Organkompetenz des EuGH beschreibt, welche Kompetenz dem EuGH im Verhältnis zu anderen Organen der EU zusteht.⁸⁵ Die Verbandskompetenz bezieht sich dagegen auf das Verhältnis der EU zu den Mitgliedstaaten: Der EuGH als Organ der EU darf keine Kompetenz ausüben, die der EU im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten nicht zusteht.⁸⁶

Geht es um die Fortbildung des Sekundärrechts, begrenzen sowohl die Organ- als auch die Verbandskompetenzen die Rechtsfortbildung. Für das Primärrecht hingegen kommt in der Regel allein der Verbandskompetenz eine Grenzfunktion zu.⁸⁷ Da die Mitgliedstaaten Urheber des Primärrechts sind und ihre Kompetenzen nur teilweise an die EU übertragen haben, führt eine ausufernde Rechtsprechung zum Primärrecht zu Kompetenzkonflikten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Entscheidend ist daher, wie weit die Verbandskompetenzen der EU reichen. Zwar regelt das Primärrecht auch die Befugnisse der Unionsorgane untereinander. Daher kann den Organkompetenzen doch eine Grenzfunktion bei der Fortbildung des Primärrechts zukommen, wenn der EuGH rechtsfortbildend die primärrechtlichen Befugnisse eines anderen Unionsorgans beschneidet. Da ein solcher Fall aber im weiteren Verlauf der Untersuchung keine Rolle spielen wird, wird nicht näher auf die sich aus den Organkompetenzen ergebenden Rechtsfortbildungsgrenzen für das Primärrecht eingegangen.

Wo die Grenzen der Verbandskompetenz der EU liegen, zeigt das in Art. 5 Abs. 2 EUV niedergelegte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung⁸⁸: Die EU verfügt

⁸⁴ *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 212 f.; vgl. *Calliess*, NJW 2005, 929, 930, der die Terminologie „horizontale“ und „vertikale Kompetenzverteilung“ wählt.

⁸⁵ *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 268 ff.

⁸⁶ *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 229.

⁸⁷ Vgl. *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 268.

⁸⁸ *BVerfG*, Urteil v. 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/08, 1022/08, 1259/08, 182/09 (Lissabon), BVerfGE 123, 267, 352 f. = NJW 2009, 2267; *BVerfG*, Beschluss v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), BVerfGE 126, 286, 306 f. = NJW 2010, 3422 bezeichnet das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als „eine wesentliche Grenze richterlicher Rechts-

nur über die Kompetenzen, die ihr die Mitgliedstaaten in den Verträgen übertragen haben, Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV. Alle anderen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten, Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV. Das wird mit dem Ausspruch zusammengefasst, dass die EU keine „Kompetenz-Kompetenz“ besitzt. Sie ist also nicht befugt, selbst eigene Kompetenzen zu schaffen.⁸⁹ Die Rechtsfindung im Primärrecht muss somit dort enden, wo sie neue Befugnisse für die EU schafft, d. h. solche, die das Primärrecht der EU nicht übertragen hat.⁹⁰ Flankiert wird Art. 5 Abs. 2 EUV als Grenze richterlicher Rechtsfortbildung durch Art. 48 EUV, der das Verfahren der Vertragsänderung regelt.⁹¹ Art. 48 EUV stellt klar, dass die Mitgliedstaaten weiterhin die Herren der Verträge sind und nur sie die Verträge ändern dürfen. Eine Rechtsfortbildung ist dementsprechend unzulässig, wenn sie einer Vertragsänderung gleichkommt.⁹² Es kommt somit darauf an, wann eine Rechtsfortbildung materiell betrachtet in eine Vertragsänderung umschwenkt und damit unzulässig ist.⁹³ Walter unterscheidet eine zulässige Vertragsergänzung von einer unzulässigen Vertragsänderung durch Kompetenzerweiterung.⁹⁴ Als Abgrenzungskriterium überträgt er die Rechtsprechung des EuGH zur Ersatzkompetenz gemäß Art. 308 EGV (heute Art. 352 AEUV).⁹⁵ Es soll daher für die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung auf die Folgen eines entsprechenden Normverständnisses ankommen. Eine „richterrechtliche Vertragsmodifikation“ sei solange zulässig, wie sie „noch keine verfassungsrechtliche Dimension“ erlange.⁹⁶ Eine verfassungsrechtliche Dimension – und damit materiell betrachtet eine Vertragsänderung – nimmt der EuGH in seinem Gutachten aus dem Jahr 1996 zum EMRK-Beitritt der Gemeinschaft an, weil der Beitritt zur EMRK „grundlegende

fortbildung auf Unionsebene“; vgl. schon *BVerfG*, Beschluss v. 8.4.1987 – 2 BvR 687/85 (Kloppenburger), BVerfGE 75, 223, 242 = NJW 1988, 1459; vgl. *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 6, 19.

⁸⁹ Vgl. *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 834 f.

⁹⁰ Für ein dynamisches Verständnis des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung *Everling*, JZ 2000, 217, 226.

⁹¹ Zu Art. 48 EUV als Grenze der Rechtsfortbildung *BVerfG*, Urteil v. 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92, 2159/92 (Maastricht), BVerfGE 89, 155, 209 = NJW 1993, 3047; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 246 ff.; *Roth*, RabelsZ 75 (2011), 787, 837; zum Verhältnis von Art. 48 EUV zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung *GHN/Ohler*, Art. 48 EUV Rn. 13.

⁹² *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 247; *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is, S. 3; vgl. *Calliess/Ruffert/Cremer*, Art. 48 EUV Rn. 19; vgl. *EuGH*, Urteil v. 1. 4. 2004 – C-263/02 (Kommission/Jégo-Quére), Slg. 2004, I-3343 Rn. 38 = NJW 2004, 2006, in dem der EuGH eine „Auslegung“ des Vertrags ablehnt, die diesen „verfälscht“.

⁹³ Vgl. *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 249; *BVerfG*, Urteil v. 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92, 2159/92 (Maastricht), BVerfGE 89, 155, 210 = NJW 1993, 3047.

⁹⁴ *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 249 ff.

⁹⁵ Vgl. *EuGH*, Gutachten v. 28. 3. 1996 – 2/94, Slg. 1996, I-1783; *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 251 f.

⁹⁶ *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 252; *EuGH*, Gutachten v. 28. 3. 1996 – 2/94, Slg. 1996, I-1783 Rn. 35.

institutionelle Auswirkungen sowohl auf die Gemeinschaft als auch auf die Mitgliedstaaten hätte“⁹⁷.

Anders als von Walter vertreten, überzeugt es hingegen nicht, im integrationsfesten Kern des Grundgesetzes mittelbar eine Grenze für die Rechtsfortbildung zu erkennen.⁹⁸ Walter geht davon aus, dass Deutschland insoweit der EU keine Kompetenzen übertragen hat, als die Übertragung gegen Art. 23 Abs. 1 S. 3, 79 Abs. 3 GG verstoßen würde. Daher soll die nationale verfassungsrechtliche Integrationsgrenze in Art. 5 Abs. 2 EUV hineingelesen werden, der wiederum die Rechtsfortbildung begrenzt. Das klingt zwar plausibel, es ergeben sich aber zwei Probleme. Um über die nationalen Verfassungen eine Kompetenzgrenze in die Verträge hinein zu lesen, kann es nicht allein auf den integrationsfesten Kern der deutschen Verfassung ankommen. Erst, wenn es die Verfassungen *aller* Mitgliedstaaten verbieten, eine bestimmte Kompetenz an die EU zu übertragen, ist das ein ausreichender Anhaltspunkt, um die Rechtsfortbildungsgrenze Art. 5 Abs. 2 EUV im Wege der Auslegung entsprechend den nationalen Verfassungen zu konkretisieren. Schließlich kann sich die Auslegung des EUV nicht allein nach dem integrationsfesten Kern der deutschen Verfassung oder einiger weniger weiterer Verfassungen richten. Außerdem besteht ein praktisches Problem. Rechtsfortbildung in der EU betreibt der EuGH. Allerdings ist dieser nicht befugt, die nationalen Verfassungen zu interpretieren. Praktisch wird der EuGH also nur dann eine in allen mitgliedstaatlichen Verfassungen gleichermaßen enthaltene Integrationschranke in Art. 5 Abs. 2 EUV hineinlesen können, wenn diese Schranke in allen Mitgliedstaaten rechtsverbindlich festgestellt ist. Nur dann muss der EuGH nicht mehr selbst das nationale Verfassungsrecht auslegen. Es ist daher im Ergebnis kaum vorstellbar, dass der zur Auslegung des Art. 5 Abs. 2 EUV herangezogene integrationsfeste Kern des Grundgesetzes jemals die Rechtsfortbildungskompetenz aus unionsrechtlicher Sicht begrenzen wird. Ob das BVerfG gegen den integrationsfesten Kern verstoßende Rechtsfortbildungen für unbeachtlich erklärt, steht hingegen auf einem anderen Blatt.

In eine ähnliche Richtung wie die Ausführungen von Walter zu Art. 5 Abs. 2 EUV als Rechtsfortbildungsgrenze geht das BVerfG. Nach Aussage des BVerfG in seiner Honeywell-Entscheidung ist es dem EuGH verwehrt, „über den Einzelfall hinaus politische Grundentscheidungen“ zu treffen oder Verschiebungen im „System konstitutioneller Macht- und Einflussverteilung“ vorzunehmen.⁹⁹ Was das BVerfG darunter versteht, lässt sich wohl der zeitlich vorangehenden Kloppenburg-Entscheidung entnehmen, in der es u. a. um die Entscheidung des EuGH ging, die unmittelbare Richtlinienwirkung gegenüber dem Staat anzuerkennen. Nach Auffassung des BVerfG überschreitet der EuGH die Rechtsfortbildungsgrenzen

⁹⁷ *EuGH*, Gutachten v. 28. 3. 1996 – 2/94, Slg. 1996, I-1783 Rn. 35.

⁹⁸ Dazu *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, S. 230 ff.

⁹⁹ *BVerfG*, Beschluss v. 6. 7. 2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), *BVerfGE* 126, 286, 306 = *NJW* 2010, 3422.

nicht, wenn er sich „im Gefüge der vertraglich begründeten Handlungsformen der Gemeinschaftsgewalt“¹⁰⁰ hält. Durch seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Richtlinienwirkung erweitert der EuGH in den Augen des BVerfG weder die vertraglich begründeten Handlungsformen der Gemeinschaft noch ergänzt er sie um neuartige Handlungsformen.

In die gleiche Richtung geht auch Roth: Aus Art. 48 EUV folge, dass der EuGH keine politischen Struktur- und Grundentscheidungen im Primärrecht vornehmen dürfe.¹⁰¹ Demgegenüber sollen Ergebnisse, „die sich aus der Grundstruktur der Verträge und den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ableiten lassen, (noch) in den Bereich zulässiger Rechtsfortbildung fallen“¹⁰².

Zusammenfassend begrenzen Art. 5 Abs. 2, 48 EUV die Fortbildung des Primärrechts. Es ist dem EuGH verwehrt, im Wege der Rechtsfortbildung neue Kompetenzen für die EU zu schaffen, die die Mitgliedstaaten ihr nicht übertragen haben und für die es daher eine Vertragsänderung bräuchte. Unzulässig sind Rechtsfortbildungen, wenn sie eine verfassungsrechtliche Dimension erreichen, weil sie die konstitutionelle Machtverteilung verschieben. Politische Grundentscheidungen zu treffen, ist den Mitgliedstaaten als Herren der Verträge vorbehalten. Auch wenn damit die Rechtsfortbildungsgrenzen aus Art. 5 Abs. 2, 48 EUV näher mit Worten umschrieben werden, verbleiben Wertungsspielräume. Das ist allerdings auch im deutschen Recht nicht anders, was zeigt, dass es wohl nicht möglich ist, eine zulässige Rechtsfortbildung klar von einer unzulässigen abzugrenzen.

H. Prämissen für die weitere Untersuchung zu den Maßstäben der Rechtsfindung im Primärrecht

Rechtsfindung im Primärrecht verfolgt das objektive Ziel, den in den Verträgen verkörperten Willen der Mitgliedstaaten zu ermitteln. Als Auslegungsmittel sind Wortlaut, Systematik und Telos heranzuziehen. Die in den Verträgen niedergelegten Ziele der Union sind im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung zu berücksichtigen. Eine besondere Ausprägung der teleologischen Auslegung ist die Auslegung nach dem *effet utile*. Anders als in der deutschen Methodenlehre kann auf die Historie nur als ergänzendes Auslegungsmittel zurückgegriffen werden, weil nur wenige Vorarbeiten öffentlich verfügbar sind.

Das Verständnis primärrechtlicher Normen endet nicht an der Wortlautgrenze. Jedoch begrenzt der mögliche Wortsinn der Sprachfassung, die am weitesten reicht, die Auslegung. Jenseits dieses möglichen Wortsinns ist es möglich, das Primär-

¹⁰⁰ BVerfG, Beschluss v. 8. 4. 1987 – 2 BvR 687/85 (Kloppenburg), BVerfGE 75, 223, 243 = NJW 1988, 1459.

¹⁰¹ Roth, RabelsZ 75 (2011), 787, 837; vgl. Calliess, NJW 2005, 929, 932.

¹⁰² Roth, RabelsZ 75 (2011), 787, 838.

recht fortzubilden. Insofern ist es überzeugend, die aus der deutschen Methodenlehre bekannte Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung auf das Primärrecht zu übertragen. Indem man zwischen den zwei Stufen des Rechtsfindungsprozesses unterscheidet, verdeutlicht man die unterschiedlichen Begründungslasten der Judikative und sichert gleichzeitig die Kompetenzverteilung zwischen dem EuGH, den Mitgliedstaaten und der EU-Legislative ab.

Voraussetzung einer Fortbildung des Primärrechts ist, dass eine Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit besteht. Ob das Fehlen einer Regelung tatsächlich planwidrig ist, ist anhand der gesamten Unionsrechtsordnung zu beurteilen. Begrenzt wird die Fortbildung des Primärrechts durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 2 EUV. Die Grenze der Rechtsfortbildung ist somit erreicht, wenn Rechtsfortbildung neue Kompetenzen der EU schaffen würde. Zudem lässt sich Art. 48 EUV entnehmen, dass eine Rechtsfortbildung nicht die Qualität einer Vertragsänderung erreichen darf, weil Vertragsänderungen den Mitgliedstaaten vorbehalten sind.

2. Teil

Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Im Mittelpunkt des zweiten Teils der Untersuchung steht die Frage, ob die nationale Rechtsprechung verpflichtet ist, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Dabei wird auf den im ersten Teil erarbeiteten Grundlagen aufgebaut.

1. Kapitel

Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen in Rechtsprechung und Schrifttum

In Rechtsprechung und Wissenschaft spielt die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung und -fortbildung bislang nur eine kleine Rolle.

A. Fehlende Stellungnahme des EuGH

Der EuGH hat in seinen Entscheidungen noch keine Stellung zu der Frage bezogen, ob sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auch auf Tarifverträge erstreckt.¹ Die beiden Generalanwälte Colomer und Szpunar gehen aber davon aus, dass die Pflicht auch Tarifverträge erfasst.²

Nach Ansicht des Generalanwalts Colomer verstößt in der Rechtssache Pfeiffer eine Tarifnorm gegen die (frühere) Arbeitszeitrichtlinie RL 1993/104/EG, weil sie eine höhere durchschnittliche Wochenarbeitszeit als die 48 Stunden vorsieht, die Art. 6 Nr. 1 der RL maximal erlaubt.³ Diese Tarifnorm sei „dahin auszulegen“, dass sie künftig der Richtlinie entspricht. Hinter dem Wort „auslegen“ verbirgt sich in seinen Schlussanträgen nach deutschem Methodenverständnis eine richt-

¹ Vgl. dagegen Höpfner, Tarifgeltung, S. 261, nach dem die richtlinienkonforme Auslegung von Tarifverträgen „wohl“ der Meinung des EuGH entspricht.

² GA Colomer, Schlussanträge v. 6. 5. 2003 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8839 Rn. 59 = BeckEuRS 2003, 389800; GA Colomer, Schlussanträge v. 27. 4. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8859 Rn. 48 = BeckEuRS 2004, 389801; GA Szpunar, Schlussanträge v. 20. 11. 2014 – C-533/13 (AKT), BeckEuRS 2014, 406256 Rn. 132.

³ GA Colomer, Schlussanträge v. 6. 5. 2003 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8839 Rn. 59 = BeckEuRS 2003, 389800.

linienkonforme Tarifvertragsfortbildung in Form einer teleologischen Reduktion. Unklar bleibt, welche Rolle es spielt, dass die relevante Tarifnorm auf der richtlinienkonform auszulegenden gesetzlichen Tariföffnungsklausel des § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ArbZG beruht. Der Generalanwalt stellt nämlich zunächst fest, dass § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ArbZG richtlinienwidrig ist, und leitet daraus ab („Demzufolge“), dass der Tarifvertrag, „soweit er auf diesen § 7 gestützt ist“, richtlinienkonform fortzubilden ist. Wäre der Tarifvertrag nach Auffassung Colomers auch richtlinienkonform fortzubilden gewesen, wenn er nicht von richtlinienkonform auszulegendem tarifdispositiven Gesetzesrecht abgewichen wäre?

Aus den Schlussanträgen geht auch nicht hervor, warum der Generalanwalt annimmt, Tarifverträge seien richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Bevor er seine Schlussfolgerungen für den konkreten Fall zieht, trifft er die bekannten Aussagen zur Pflicht richtlinienkonformer Rechtsfindung.⁴ Danach müssen die nationalen Gerichte „das nationale Recht“ und „die innerstaatlichen Rechtsvorschriften“ möglichst so auslegen, dass sie richtlinienkonform sind. Eine mögliche Begründung geht daher dahin, Tarifverträge als Bestandteil des nationalen Rechts anzusehen. Das schreibt Generalanwalt Colomer aber nicht ausdrücklich.

Der EuGH hat die Auffassung des Generalanwalts in seinem Urteil in der Rechtssache Pfeiffer nicht übernommen.⁵ Er geht entsprechend seiner ständigen Rechtsprechung den Schritt des Generalanwalts mit, dass das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen ist und nutzt die Gelegenheit, seine Rechtsprechung dazu weiterzuentwickeln.⁶ Zum zweiten Schritt des Generalanwalts, der den konkreten Tarifvertrag richtlinienkonform fortbildet, schweigt der EuGH jedoch. Warum er schweigt, geht aus dem Urteil nicht hervor. Mehrere Gründe sind denkbar: Der EuGH könnte sich aufgrund seines Rollenverständnisses gezwungen gesehen haben, dem nationalen Gericht nicht vorzugeben, wie es nationales Recht oder einen nationalen Tarifvertrag auszulegen hat. Es könnte aber auch sein, dass der EuGH eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung bei Tarifverträgen ablehnt oder sich die Große Kammer darauf nicht einigen konnte.

Generalanwalt Szpunar äußert in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache AKT, dass sich „die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch auf Tarifvertragsbestimmungen erstreckt“.⁷ In der sich anschließenden Fußnote verweist er auf das EuGH-Urteil in der Rechtssache Pfeiffer sowie die dazugehörigen Schlussanträge des Generalanwalts Colomer. Während der Verweis auf die Schlussanträge die Auffassung des Generalanwalts Szpunar trägt, unterstützt der Verweis auf das Urteil in Pfeiffer seine Meinung nicht. Der EuGH hat sich nicht zur richtlinienkonformen

⁴ Vgl. *GA Colomer*, Schlussanträge v. 6. 5. 2003 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8839 Rn. 57 = BeckEuRS 2003, 389800.

⁵ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 107 ff. = NZA 2004, 1145.

⁶ Siehe dazu oben I. Teil 2. Kapitel A. I. (S. 47 f.).

⁷ *GA Szpunar*, Schlussanträge v. 20. 11. 2014 – C-533/13 (AKT), BeckEuRS 2014, 406256 Rn. 132.

Auslegung eines Tarifvertrags, sondern nur zur richtlinienkonformen Auslegung eines nationalen Gesetzes geäußert, das tarifvertragliche Abweichungen erlaubt.⁸ Wie schon Generalanwalt Colomer begründet auch Generalanwalt Szpunar nicht, warum sich die Pflicht zu richtlinienkonformer Rechtsfindung auf Tarifverträge erstrecken soll.

B. Spärliche Rechtsprechung deutscher Arbeitsgerichte

In der deutschen Rechtsprechung gibt es nur vereinzelt Aussagen zur Frage, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen sind. Die Rechtsprechung setzt sich dabei nicht mit den kritischen Stimmen aus der Literatur auseinander. Das mag auch daran liegen, dass sich die richtlinienkonforme Auslegung eines Tarifvertrags bislang nicht auf die Entscheidungen ausgewirkt hat, da sie aus unterschiedlichen Gründen jeweils ausschied.

I. Neunter Senat des BAG erwägt richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung

Am BAG hat sich bislang nur der Neunte Senat in drei Entscheidungen kurz zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung geäußert.⁹ Noch ist aber offen, ob der Senat eine Pflicht deutscher Gerichte für Arbeitssachen annimmt, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

Im Urteil vom 17. November 2009¹⁰ geht es um den Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe. Dieser sieht in der Fassung vom 29. Juli 2005 vor, dass das Urlaubsentgelt anders berechnet wird, als es das BUrlG vorgibt. Diese Möglichkeit eröffnen tarifdispositive Normen des BUrlG. In seiner Entscheidung urteilt der Senat, dass „die Öffnungsklauseln in § 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BUrlG und die Tarifbestimmungen in § 5 Nr. 1 Abs. 2 1. Alt., Nr. 2 Abs. 1 lit. a, Nr. 3 der Urlaubsregelung“ weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden könnten.¹¹ Zunächst macht der Senat allgemeine Ausführungen zur richtlinienkonformen Rechtsfindung und deren Grenzen. Diese Grenzen seien überschritten, „wenn der Senat die Öffnungsklauseln [...] und die Tarifbestimmungen“ so auslegte oder fortbildete, dass sie nach Auffassung des Klägers richtlinienkonform seien.¹² Der Senat

⁸ *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878, 1150 = NZA 2004, 1145 Rn. 101.

⁹ *BAG*, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 = BAGE 132, 247; *BAG*, Urteil v. 10. 2. 2015 – 9 AZR 53/14, NZA 2015, 1005 = BAGE 150, 345; *BAG*, Urteil v. 15. 12. 2015 – 9 AZR 611/14, NZA 2016, 772.

¹⁰ *BAG*, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 = BAGE 132, 247.

¹¹ *BAG*, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020, 1023 = BAGE 132, 247 Rn. 24.

¹² *BAG*, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020, 1023 = BAGE 132, 247 Rn. 27.

bezieht die vom EuGH entwickelten Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfindung in einem Obersatz also auch auf Tarifverträge. Besteht keine Pflicht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, sind für die Tarifvertragsauslegung auch die Grenzen nicht relevant, die der EuGH der richtlinienkonformen Rechtsfindung zieht. Der Obersatz spricht also dafür, dass der Senat eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung annimmt. Anschließend begründet er allerdings nur, warum die Öffnungsklauseln im BuRlG nicht lückenhaft sind und somit keinen Platz für Rechtsfortbildung bieten.¹³ Mit der Frage, ob die Tarifnormen lückenhaft sind, beschäftigt er sich nicht. Das steht der Vermutung deutlich entgegen, dass der Senat von einer Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung bei Tarifverträgen ausgeht. Die Äußerungen des Neunten Senats im Urteil von 17. November 2009 sind damit in sich nicht stimmig.

Etwas mehr ins Blickfeld rückt die richtlinienkonforme Tarifnormauslegung in einer Entscheidung aus Februar 2015.¹⁴ Das BAG stellt fest, dass eine Tarifnorm gegen das Verbot verstößt, Teilzeitkräfte zu diskriminieren, § 4 Abs. 1 TzBfG, § 134 BGB, und erklärt anschließend, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der Tarifnorm nicht möglich sei.¹⁵ Die Frage, ob Tarifverträge zwingend richtlinienkonform auszulegen sind, beschäftigt das BAG nicht weiter. Es verweist „zum Streit über die unionsrechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen“ nur auf den Beitrag von Wißmann in der Festschrift Bepler.¹⁶ Darin wendet sich Wißmann gegen eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung. Wertungen von Richtlinien könnten nur über die Pflicht zur gesetzeskonformen Tarifvertragsauslegung in Tarifverträge einfließen.¹⁷ Wißmanns Auffassung macht sich der Neunte Senat aber jedenfalls nicht ausdrücklich zu eigen. Indes deutet die weitere Urteilsbegründung darauf hin, dass Wißmanns Ausführungen den Senat überzeugen, denn in der Folge begründet der Senat nur, warum die Tarifnorm gegen das gesetzliche Verbot verstößt. Den Ausdruck „richtlinienkonforme Auslegung der Tarifnorm“ verwendet er nicht mehr.

Ende des Jahres 2015 lässt der Neunte Senat die Frage dann ausdrücklich offen, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen sind.¹⁸ Zu dieser von ihm als „umstrittene Frage“ und „Streitfrage“ bezeichneten Problematik führt er sowohl Literatur an, die eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung befürwortet, als auch Literatur, die sie ablehnt.

Damit bleibt offen, welche Haltung der Neunte Senat einnimmt. Andere Senate haben bislang keine Stellung bezogen.

¹³ Vgl. BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020, 1023 ff. = BAGE 132, 247 Rn. 30 ff.

¹⁴ BAG, Urteil v. 10. 2. 2015 – 9 AZR 53/14, NZA 2015, 1005 = BAGE 150, 345.

¹⁵ BAG, Urteil v. 10. 2. 2015 – 9 AZR 53/14, NZA 2015, 1005, 1006 = BAGE 150, 345 Rn. 15.

¹⁶ Vgl. Wißmann, in: FS Bepler, S. 649.

¹⁷ Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 658 f.

¹⁸ BAG, Urteil v. 15. 12. 2015 – 9 AZR 611/14, NZA 2016, 772 Rn. 32.

II. Vereinzelt halten LAG richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung für möglich

Die Landesarbeitsgerichte München, Saarland und Düsseldorf haben sich in Entscheidungen zu tarifvertraglichen Urlaubsregelungen im Baugewerbe mit der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung beschäftigt. Sie halten diese für möglich, lehnen sie aber in den von ihnen entschiedenen Fällen ab, weil die Tarifverträge nicht lückenhaft seien.¹⁹ Das LAG Saarland rekurriert dazu unter anderem indirekt auf die Diskussion zur richtlinienkonformen Gesetzesfortbildung, indem es eine „Auslegung anhand eines angenommenen hypothetischen Regelungswillens der Tarifparteien“ ablehnt.²⁰ Der Tarifvertrag wurde geschlossen, bevor die Urlaubsrichtlinie verabschiedet wurde. Bis zur Schultz-Hoff-Entscheidung des EuGH und der darauf basierenden Entscheidung des BAG hätten die Tarifvertragsparteien davon ausgehen können, dass ihre Regelungen rechtlich unbedenklich seien.²¹ Nach Ansicht des LAG Saarland scheitert in dem von ihm entschiedenen Fall die richtlinienkonforme Auslegung des Tarifvertrags außerdem, weil das BUrlG tarifliche Abweichungen erlaube und die Tariföffnungsklausel, innerhalb derer sich die Tarifnorm halte, weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden könne.²² Anders herum gewendet: Eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung soll nicht möglich sein, wenn die Tarifvertragsnorm gesetzeskonform ist. Unklar bleibt, in welchem Verhältnis die beiden Grenzen der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung – fehlende Tarifvertragslücke und gesetzliche Zulässigkeit der tariflichen Regelung – zueinanderstehen sollen. Scheidet die richtlinienkonforme Auslegung eines Tarifvertrags bereits allein deswegen aus, weil eine richtlinienwidrige Tarifnorm gesetzeskonform ist? In diese Richtung interpretiert das LAG die bereits angesprochene Entscheidung des BAG aus dem November des Jahres 2009.²³

Daneben erkennen die genannten Landesarbeitsgerichte in der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie eine Grenze richtlinienkonformer Tarifvertragsfortbildung.²⁴ Die Tarifautonomie verwehre es den Gerichten für Arbeitssachen, etwaige Tarifvertragslücken in systemwidriger Weise zu schließen.²⁵

¹⁹ *LAG München*, Urteil v. 12. 5. 2011 – 3 Sa 1064/10, juris Rn. 52 ff.; *LAG Saarland*, Urteil v. 29. 6. 2011 – 2 Sa 2/11, juris Rn. 60 ff.; *LAG Düsseldorf*, Urteil v. 24. 10. 2012 – 5 Sa 1419/12, juris Rn. 42, das sich den Ausführungen des LAG Saarland anschließt.

²⁰ *LAG Saarland*, Urteil v. 29. 6. 2011 – 2 Sa 2/11, juris Rn. 63.

²¹ *LAG Saarland*, Urteil v. 29. 6. 2011 – 2 Sa 2/11, juris Rn. 61.

²² *LAG Saarland*, Urteil v. 29. 6. 2011 – 2 Sa 2/11, juris Rn. 64.

²³ *BAG*, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, NZA 2010, 1020 = BAGE 132, 247.

²⁴ *LAG München*, Urteil v. 12. 5. 2011 – 3 Sa 1064/10, juris Rn. 55; *LAG Saarland*, Urteil v. 29. 6. 2011 – 2 Sa 2/11, juris Rn. 62; *LAG Düsseldorf*, Urteil v. 24. 10. 2012 – 5 Sa 1419/12, juris Rn. 42.

²⁵ So das *LAG München*, Urteil v. 12. 5. 2011 – 3 Sa 1064/10, juris Rn. 55.

Mit der Frage, ob Gerichte für Arbeitssachen überhaupt verpflichtet sind, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, setzen sich die Urteile nicht auseinander. Zwingend ist eine Auseinandersetzung aber erst, wenn eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung oder -fortbildung möglich ist. Dann kommt es darauf an, ob die Gerichte diese Auslegung wählen oder den Tarifvertrag fortbilden müssen, oder ob sie auch ein richtlinienwidriges Tarifvertragsverständnis wählen dürfen.

C. Geteilte Meinungslandschaft im deutschen Schrifttum

Während in der Rechtsprechung keine definitiven Aussagen dazu zu finden sind, ob und warum Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen sind, sieht es im deutschen Schrifttum anders aus.²⁶

I. Befürworter einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Auch wenn sich ein Teil der Literatur einig ist, dass Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, unterscheiden sich doch die Begründungsansätze.²⁷

Eine Begründung setzt am Willen der Tarifvertragsparteien an. Man könne einen generellen Willen der Tarifvertragsparteien annehmen, sich richtlinienkonform zu verhalten, es sei denn ein entgegenstehender Wille sei tatsächlich feststellbar.²⁸ Da Tarifvertragsparteien laut der Rechtsprechung des EuGH an Richtlinien gebunden seien, könne man davon ausgehen, dass sie auch im Einklang mit Richtlinien handeln wollten.²⁹ Andere lassen die bloße Bindung von Tarifvertragsparteien an Richtlinien ausreichen, ohne daraus auf den Willen der Tarifvertrags-

²⁶ Vgl. auch HMB/Engels, Teil 1 Rn. 53, der sich einer Stellungnahme enthält und es als „unsicher“ bezeichnet, ob eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung von Tarifverträgen besteht.

²⁷ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 507 spricht sich ohne nähere Begründung für eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung aus; vgl. Kempen/Zachert/Kocher TVG, Grundl. Rn. 410, die sich für eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung ausspricht, wenn der Mitgliedstaat die Richtlinie noch nicht umgesetzt hat; vgl. HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 81, der sich für eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung ausspricht und zur Begründung auf Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 297 verweist.

²⁸ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 191 f. für den Fall, dass man den normativen Tarifvertragsteil wie Verträge auslegt; vgl. Däubler/Däubler TVG (1. Aufl. 2003), Einl. Rn. 519, der wohl nur eine Pflicht zur primärrechtskonformen Auslegung befürwortet und diese auf den Willen der Tarifparteien stützt.

²⁹ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 188 ff.; wohl auch Schweighart/Ott, NZA-RR 2015, 1, 5.

parteien zu schließen.³⁰ Die Bindung soll bestehen, wenn die Tarifvertragsparteien nach Art. 153 Abs. 3 AEUV Richtlinien umsetzen oder Tarifverträge im Regelungsbereich der Richtlinie vereinbaren, wenn ihnen die Richtlinie das erlaubt.³¹

Ein anderer Ausgangspunkt für eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung ist das Unionsrecht mit Art. 288 Abs. 3 AEUV.³² Gegenstand richtlinienkonformer Auslegung ist laut EuGH das gesamte nationale Recht.³³ Aufgrund der normativen Wirkung seien Tarifregelungen materieller Bestandteil der Rechtsordnung und dementsprechend müssten nationale Gerichte sie auch richtlinienkonform auslegen.³⁴ Teilweise soll die unionsrechtliche Pflicht zwar auch voraussetzen, dass die Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden seien.³⁵ Das sei laut der Rechtsprechung des EuGH aber der Fall. Erfülle jedoch bereits das Gesetz die Richtlinienvorgaben, seien darüberhinausgehende Regelungen der Tarifvertragsparteien nicht mehr richtlinienkonform auszulegen.³⁶ In diesem Fall seien die Tarifvertragsparteien beim Tarifvertragsabschluss nicht mehr verpflichtet, die Richtlinie umzusetzen.

Zumindest die unmittelbare Richtlinienwirkung gegenüber Tarifvertragsparteien wurde vor einiger Zeit damit begründet, dass Tarifvertragsparteien wie der Staat Recht setzten.³⁷ Richtlinienwidrige Tarifverträge seien daher nichtig.³⁸ Schlüsse für die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung wurden daraus aber nicht gezogen.

Selbst nach denjenigen, die eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung ablehnen, soll im Verhältnis zu öffentlichen Arbeitgebern eine Besonderheit gelten: Der Einzelne soll sich gegenüber einem öffentlichen Arbeitgeber darauf berufen können, dass eine Tarifnorm richtlinienwidrig ist, wenn die betreffende Richtlinienbestimmung unmittelbar wirkt.³⁹ Die Richtlinienbestimmung

³⁰ NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59.

³¹ NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59, der von einer „Selbstbindung“ der Tarifvertragsparteien spricht.

³² Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 297 Fn. 832; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG unter II.; ders., Tarifgeltung, S. 261 f.; NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59; Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 187 ff., die zusätzlich noch Art. 4 Abs. 3 S. 2 EUV heranzieht.

³³ EuGH, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 108 = NJW 2006, 2465.

³⁴ Höpfner, Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG unter II.; ders., RdA 2013, 65, 72; ders., Tarifgeltung, S. 262.

³⁵ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 187 f.

³⁶ Höpfner, RdA 2013, 65, 72.

³⁷ Löwisch/Rieble, TVG (1. Aufl. 1992), § 1 Rn. 216.

³⁸ Löwisch/Rieble, TVG (1. Aufl. 1992), § 1 Rn. 217.

³⁹ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 507; Klumpp, NZA 2005, 848, 853; Däubler/Schick, Einl. Rn. 549; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 610 ff.; JKOS/Krause, § 1 Rn. 172; Kempen/Zachert/Kocher TVG, Grundl. Rn. 408; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 9; Preis/Sagan/Sagan, Rn. 1.134; vgl. auch Schliemann, in: FS Hanau, S. 577, 582: „unmittelbare Anwendung“ einer Richtlinie, „soweit der Staat [...] selbst Partei des Tarifvertrags ist“; Rieble/Zedler, ZfA 2006,

muss also inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sein, die Umsetzungsfrist muss abgelaufen sein.⁴⁰ Obwohl Teile der Literatur eine richtlinienkonforme Auslegung von Tarifverträgen mittlerweile grundsätzlich ablehnen, wird eine solche Auslegung bei Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes befürwortet.⁴¹ Man könne den Tarifvertragsparteien unterstellen, die Richtlinienbindung des Staates als Tarifpartei und Arbeitgeber achten zu wollen.

Teilweise differenziert die Literatur auch danach, ob ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde oder nicht. Für allgemeinverbindliche Tarifverträge sollen Besonderheiten gelten, da der Staat an deren Wirkung durch hoheitlichen Akt mitwirkt.⁴² Im Rahmen seines hoheitlichen Handelns sei der Staat an die Richtlinie gebunden, sodass auch der Tarifvertrag auf seine Richtlinienkonformität hin untersucht werden müsse.⁴³

Ein weiterer Sonderfall sind Tarifverträge, die von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichen, das seinerseits richtlinienkonform auszulegen ist. In diesem Fall müsse der Tarifvertrag „der richtlinienkonformen Auslegung folgen“⁴⁴. Grund soll die Pflicht zur gesetzeskonformen Tarifvertragsauslegung sein, nicht aber eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung.

II. Gegner einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Die Gegner einer Pflicht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, setzen an der Bindungswirkung von Art. 288 Abs. 3 AEUV an – entweder an derjenigen gegenüber den Tarifvertragsparteien oder an derjenigen gegenüber den nationalen Gerichten.

Die Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtet sich nach Ansicht von Teilen der Literatur nicht an die Tarifvertragsparteien.⁴⁵ Richtlinien bänden die Tarifvertragsparteien nicht⁴⁶ und Tarifverträge dienten auch nicht dazu, Richtlinien

273, 275: nach Ablauf der Umsetzungsfrist kann sich ein Arbeitnehmer „auf die Richtlinie berufen“.

⁴⁰ *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 103 = NZA 2004, 1145.

⁴¹ HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 149; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1718; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 9.

⁴² Däubler/Schick, Einl. Rn. 524.

⁴³ JKOS/Krause, § 1 Rn. 172.

⁴⁴ So noch Löwisch/Rieble, TVG (3. Aufl. 2012), § 1 Rn. 1500; nun nicht mehr ausdrücklich, sondern nur noch in Zusammenschau von *dies.*, TVG, § 1 Rn. 1719 und 1721.

⁴⁵ JKOS/Krause, § 1 Rn. 173: „Mitgliedstaatsgerichtetheit“ von Richtlinien; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 81; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1716; ErfK/Schlachter, Vorbem. AEUV Rn. 42; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 9.

⁴⁶ Schliemann, in: FS Hanau, S. 577, 581; Schaub, in: FS Wißmann, S. 578, 583; Däubler/Schick, Einl. Rn. 549; vgl. HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 149.

umzusetzen.⁴⁷ Dadurch, dass die Tarifvertragsparteien im durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Autonomiebereich tätig würden, seien sie nicht dem Staat zuzuordnen⁴⁸. Die Koalitionen seien keine „Gehilfen des Staates“⁴⁹ bei der Erfüllung der primärrechtlichen Umsetzungspflicht. Außerdem könne ein Wille der Tarifvertragsparteien, mit dem Tarifvertrag die Richtlinien umzusetzen, nicht angenommen werden,⁵⁰ da Richtlinien die Tarifvertragsparteien nicht verpflichteten.⁵¹ Ein Erfahrungssatz, nach dem die Tarifvertragsparteien kein unionswidriges Recht setzen wollten, fehle.⁵² Im Rahmen der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB seien zudem keine staatlichen Interessen zu berücksichtigen,⁵³ also auch nicht das staatliche Interesse, der Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen.

Auch aus der Umsetzungspflicht der nationalen Gerichte gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV folge nicht die Pflicht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen, da Tarifvertragsnormen nicht den Auftrag des Art. 288 Abs. 3 AEUV erfüllten.⁵⁴ Tarifverträge seien trotz ihrer normativen Wirkung nicht als Bestandteil des nationalen Rechts zu werten, da sie auf kollektiv ausgeübter Privatautonomie beruhten.⁵⁵ Zudem orientiere sich die Auslegung nicht an den Pflichten des Richters, sondern müsse sich nach dem Willen der Parteien richten.⁵⁶ Letztlich führe eine richtlinienkonforme Auslegung zu einer – nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässigen – flächendeckenden horizontalen Bindung an Richtlinien.⁵⁷

D. Zusammenfassung zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen in Rechtsprechung und Schrifttum

Der EuGH hat sich bislang nicht dazu geäußert, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Zwei Generalanwälte gehen jedoch davon aus, dass sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auf tarifvertragliche Regelungen erstreckt. Das BAG thematisiert die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen bislang nur selten und hat es offen

⁴⁷ Preis/Sagan/Sagan, Rn. 1.145.

⁴⁸ ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 9.

⁴⁹ Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 656.

⁵⁰ Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304; Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 280; Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 656.

⁵¹ Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 280.

⁵² Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304.

⁵³ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1717.

⁵⁴ Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 657; ErfK/Schlachter, Vorbem. AEUV Rn. 42; vgl. NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 81.

⁵⁵ Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304; vgl. Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 279.

⁵⁶ Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304.

⁵⁷ Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304; NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 81; vgl. Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 280.

gelassen, ob es dazu verpflichtet ist. Einzelne Landesarbeitsgerichte halten eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung dagegen für möglich. Das deutsche Schrifttum ist gespalten. Während ein Teil der Literatur die Rechtsprechung als verpflichtet ansieht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, lehnt ein anderer Teil der Literatur das ab.

E. Exkurs: Andere „Konformauslegungen“ von Tarifverträgen

Neben der zu untersuchenden richtlinienkonformen Auslegung gibt es weitere Beispiele für eine „Konformauslegung“ von Tarifverträgen: Tarifverträge sollen verfassungs- und gesetzeskonform auszulegen sein. Sucht man nach Ansatzpunkten für die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung, sind auch diese Beispiele der „Konformauslegung“ kurz zu betrachten.

I. Verfassungskonforme Rechtsfindung in Tarifverträgen

1. Verfassungskonforme Tarifvertragsauslegung

Nach einhelliger Meinung sind Tarifverträge verfassungskonform auszulegen.⁵⁸ Das wird regelmäßig mit dem Willen der Tarifvertragsparteien begründet, im Zweifel wirksame Regelungen zu schließen.⁵⁹

Dass Tarifverträge verfassungskonform auszulegen sein sollen, ist insofern verständlich, als dass sie nach herrschender Meinung anhand der Grundrechte zu kontrollieren sind. Während man von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien Abstand genommen hat, beruft man sich nunmehr auf die grundrechtlichen Schutzpflichten, die die Gerichte erfüllen müssen.⁶⁰ Auch eine auf die Schutzpflichten gestützte Tarifvertragskontrolle anhand der Grundrechte

⁵⁸ BAG, Urteil v. 21. 1. 1987 – 4 AZR 547/86, NZA 1987, 233, 235 = BAGE 54, 113; BAG, Beschluss v. 18. 3. 2008 – 1 ABR 81/06, NZA 2008, 832, 835 f. = BAGE 126, 176; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1 Rn. 404; Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 73; Hartmann, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 112 ff.; JKOS/Krause, § 4 Rn. 186; Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 528; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 620; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1714; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 992; vgl. Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 262 f.

⁵⁹ BAG, Urteil v. 21. 1. 1987 – 4 AZR 547/86, NZA 1987, 233, 235 = BAGE 54, 113; JKOS/Krause, § 4 Rn. 186; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 620; vgl. Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 73; anders dagegen Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 263 f., die sich auf die Bindung des Richters an die Grundrechte und an Recht und Gesetz stützt, Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG.

⁶⁰ Zur Entwicklung der Diskussion NK-GA/Frieling, Art. 3 GG Rn. 46 ff. und Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 261 ff.

wird aber in den letzten Jahren vereinzelt abgelehnt.⁶¹ Welche Konsequenzen sich daraus für die verfassungskonforme Tarifvertragsauslegung ergeben, wurde bislang jedoch, soweit ersichtlich, nicht thematisiert. Stellt man weiterhin auf den Willen der Tarifvertragsparteien ab, ist zu fragen, ob die Tarifvertragsparteien verfassungskonforme Regelungen schließen wollen, obwohl *allein verfassungswidrige* Tarifvertragsnormen wirksam sind.

2. Verfassungskonforme Tarifvertragsfortbildung?

Während man zahlreiche Äußerungen zur verfassungskonformen Tarifvertragsauslegung finden kann, fristet die verfassungskonforme Tarifvertragsfortbildung zumindest begrifflich ein Schattendasein. In der Sache spricht sich das BAG jedoch dafür aus, Tarifverträge verfassungskonform fortzubilden.⁶² Angesprochen sind damit die Fälle, in denen das BAG gleichheitswidrige Tarifnormen für teilnichtig erklärt und der benachteiligten Person einen Anspruch auf die vorenthaltene Leistung zuspricht („Anpassung nach oben“). Ergibt sich der Anspruch trotz der Teilnichtigkeit einer Bestimmung nicht unmittelbar aus dem Tarifvertrag, muss der Tarifvertrag fortgebildet werden, damit der Arbeitnehmer Anspruch auf die Leistung hat.⁶³ Das BAG spricht in diesen Situationen selbst von einer „Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Tarifvertrages“.⁶⁴

Bepler hingegen erkennt in der „Anpassung nach oben“ bei Gleichheitsverstößen der Tarifvertragsparteien keine „ergänzende Tarifvertragsauslegung“.⁶⁵ Die Anpassung nach oben beruhe vielmehr „auf dem durch das nationale wie das Unionsrecht vorgegebenen Rechtsbefehl, eine den Gleichstellungsgeboten entsprechende Ordnung herzustellen“⁶⁶. Verstößt ein Tarifvertrag nur gegen Art. 3 Abs. 1 GG und nicht gegen das Primärrecht, führt ein nationaler Rechtsbefehl, eine Art. 3 Abs. 1 GG entsprechende Ordnung zu schaffen, jedoch nicht dazu, dass der benachteiligte Arbeitnehmer die Leistung beanspruchen kann. Ein solcher

⁶¹ Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 312 ff.; zu Art. 3 Abs. 1 GG NK-GA/Frieling, Art. 3 GG Rn. 55 ff.; vgl. Burkiczak, RdA 2007, 17, 19 ff.

⁶² Gegen eine Erweiterung von Tarifnormen durch verfassungskonforme Auslegung Kamanabrou, Auslegung und Fortbildung, S. 264.

⁶³ Vgl. ErfK/Schmidt, Art. 3 GG Rn. 57; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 977 verstehen die „Anpassung nach oben“ nach Gleichbehandlungs- und Diskriminierungsverstößen auch als „ergänzende Tarifauslegung“.

⁶⁴ BAG, Urteil v. 18.12.2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 36 = BAGE 129, 93; BAG, Urteil v. 22.4.2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947 Rn. 43 = BAGE 134, 160; BAG, Urteil v. 24.6.2010 – 6 AZR 1037/08, AP Nr. 5 zu § 5 TVÜ Rn. 37 = BAGE 135, 66.

⁶⁵ HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 196. Er bezieht seine Aussage auf ein Urteil des BAG darüber, welche Folgen der Verstoß des BAT gegen das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung hat. Seine Aussage bezieht er also nicht konkret auf einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. In der Folge wird er jedoch grundlegender, indem er von „Fällen von Gleichheitsverstößen der TV-Parteien“ spricht.

⁶⁶ HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 196.

Rechtsbefehl richtet sich, wenn er überhaupt existiert, an die Tarifvertragsparteien. Anspruchsgegner des Arbeitnehmers ist jedoch dessen Arbeitgeber. Im Rechtsverhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber kann ein an die Tarifvertragsparteien gerichteter Rechtsbefehl keinen Anspruch begründen. Als Anspruchsgrundlage kommt neben zwischen den Parteien unmittelbar wirkendem Primärrecht sowie Gesetzesrecht der Tarifvertrag in Betracht, nicht aber ein an die Tarifvertragsparteien gerichteter Rechtsbefehl. Es bleibt daher dabei, dass das BAG einen Tarifvertrag fortbildet, wenn es annimmt, dass eine tarifliche Regelung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, und einem benachteiligten Arbeitnehmer in der Folge die vorenthaltene Leistung zuspricht.

Nach der Rechtsprechung des BAG soll der benachteiligten Person die Vergütung in zwei Fällen zustehen. Sie habe zum einen Anspruch auf die Vergütung, wenn die Tarifvertragsparteien nur auf diesem Weg dem Gleichheitssatz Rechnung tragen könnten.⁶⁷ Zum anderen stehe ihr der Anspruch zu, wenn anzunehmen sei, dass die Tarifvertragsparteien alle zu berücksichtigenden Personen einbezogen hätte, wenn sie den Gleichheitssatz beachtet hätten.⁶⁸ Eine Fortbildung erfolgt also, wenn der Ermessensspielraum der Tarifvertragsparteien „auf null“ reduziert sein soll oder wenn die Fortbildung dem mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien entspricht.

Bemerkenswert ist, dass die Tarifvertragsparteien dem Gleichheitssatz Rechnung zu tragen haben sollen oder seine Beachtung dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechen soll, obwohl sich Teile des BAG zugleich gegen eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien aussprechen.⁶⁹ Für einen entsprechenden mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien lässt sich – methodisch

⁶⁷ BAG, Urteil v. 18.12.2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 36 = BAGE 129, 93; BAG, Urteil v. 22.4.2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947 Rn. 43 = BAGE 134, 160; BAG, Urteil v. 4.5.2010 – 9 AZR 181/09, AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit Rn. 39; BAG, Urteil v. 24.6.2010 – 6 AZR 1037/08, AP Nr. 5 zu § 5 TVÜ Rn. 37 = BAGE 135, 66; BAG, Urteil v. 21.9.2010 – 9 AZR 442/09, AP Nr. 323 zu Art. 3 GG Rn. 37; BAG, Urteil v. 19.7.2011 – 3 AZR 398/09, NZA-RR 2013, 96 Rn. 37 = BAGE 138, 332; Wiedemann/Wiedemann (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 248; Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 561 ff.; vgl. Hartmann, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, S. 169 f.; a. A. Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1741.

⁶⁸ BAG, Urteil v. 18.12.2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 36 = BAGE 129, 93; BAG, Urteil v. 22.4.2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947 Rn. 43 = BAGE 134, 160; BAG, Urteil v. 24.6.2010 – 6 AZR 1037/08, AP Nr. 5 zu § 5 TVÜ Rn. 37 = BAGE 135, 66; BAG, Urteil v. 19.7.2011 – 3 AZR 398/09, NZA-RR 2013, 96 Rn. 37 = BAGE 138, 332; Wiedemann/Wiedemann (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 248.

⁶⁹ Etwa der Sechste Senat, der einige der zuvor genannten Urteile gesprochen hat, vgl. BAG, Urteil v. 18.12.2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 20 = BAGE 129, 93, BAG, Urteil v. 22.4.2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947 Rn. 26 = BAGE 134, 160 und BAG, Urteil v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 19; vgl. auch BAG, Urteil v. 26.4.2017 – 10 AZR 856/15, NZA-RR 2017, 478 Rn. 28 f.; für Art. 3 Abs. 1 GG offengelassen von BAG, Urteil v. 4.5.2010 – 9 AZR 181/09, AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit Rn. 21.

fragwürdig⁷⁰ – noch anführen, dass das BAG gleichheitswidrigen Tarifnormen die Durchsetzung verweigert und Tarifvertragsparteien ein Interesse daran haben, wirksame Normen zu vereinbaren. Wird ein Tarifvertrag hingegen fortgebildet, wenn die Tarifvertragsparteien dem Gleichheitssatz nur hätten Rechnung tragen können, indem sie die Vergünstigung gewähren, impliziert diese Tarifvertragsfortbildung eine Pflicht der Tarifvertragsparteien, Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Dieser Ansatz geht nämlich davon aus, dass das Regelungsermessen der Tarifvertragsparteien auf null, d. h. auf die einzig verfassungskonforme Regelungsmöglichkeit beschränkt ist. Das Regelungsermessen der Tarifvertragsparteien ist aber nur dann auf die einzige Art. 3 Abs. 1 GG entsprechende Regelungsmöglichkeit beschränkt, wenn Art. 3 Abs. 1 GG das Ermessen der Tarifvertragsparteien überhaupt einschränkt. Das ist nur der Fall, wenn die Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sind. Ohne unmittelbare Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG müssen die Tarifvertragsparteien dem Gleichheitssatz auch keine Rechnung tragen. Teile des BAG lehnen eine unmittelbare Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG mittlerweile jedoch ausdrücklich ab.

Die in den Fußnoten 67 und 68 aufgeführten Urteile des Sechsten Senats lassen sich möglicherweise noch damit erklären, dass in ihnen jeweils über Tarifverträge entschieden wurde, an denen auf Arbeitgeberseite staatliche Tarifvertragsparteien beteiligt waren.⁷¹ Diese staatlichen Tarifvertragsparteien sind unmittelbar grundrechtsgebunden. Folgt man dem BAG, das eine Tarifvertragsfortbildung jeweils für geboten hält, müsste die Grundrechtsbindung der staatlichen Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite ausreichen, um anzunehmen, dass alle am Tarifvertragschluss beteiligten Tarifvertragsparteien inklusive der Gewerkschaft eine Art. 3 Abs. 1 GG entsprechende Regelung treffen müssen. In seinen Urteilen hebt der Sechste Senat die Grundrechtsbindung der staatlichen Tarifvertragsparteien jedoch nicht hervor. Selbst wenn man auf dem skizzierten Weg die Urteile des Sechsten Senats erklären könnte, fehlt aber jedenfalls eine Begründung für die Urteile des Neunten Senats, in denen nicht über Tarifverträge entschieden wurde, an denen staatliche Tarifvertragsparteien beteiligt waren.

Es verbleibt der Eindruck, dass das BAG die unmittelbare Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 Abs. 1 GG nur halbherzig aufgegeben hat. Es bildet einen Tarifvertrag – implizit – wegen der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien verfassungskonform fort, ohne dass Tarifvertragsparteien unmittelbar grundrechtsgebunden sein sollen. Daneben soll der mutmaßliche Wille der Tarifvertragsparteien eine verfassungskonforme Tarifvertragsfortbildung rechtfertigen.

⁷⁰ NK-GA/Frieling, Art. 3 GG Rn. 71.

⁷¹ Vgl. Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 320; vgl. aber BAG, Urteil v. 19.12.2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 20.

II. Gesetzeskonforme Tarifvertragsauslegung

Nach einhelliger Meinung sind Tarifverträge zudem gesetzeskonform auszulegen.⁷² Als Grund dafür wird genannt, dass Tarifvertragsparteien im Zweifel wirksame Vereinbarungen schließen wollen.⁷³ Es wird also auf den hypothetischen Willen der Tarifvertragsparteien abgestellt. Voraussetzung dieser „Konformauslegung“ ist, dass das Objekt, an dem sie sich ausrichtet, die Tarifvertragsparteien bindet und die Tarifnorm bei einem Verstoß unwirksam ist. In jüngerer Zeit stützt sich das BAG auch auf das Gebot des Normerhalts.⁷⁴ Tarifverträge seien grundsätzlich so auszulegen, dass die höherrangigem Recht nicht widersprechen und damit Bestand hätten. Wank begründet die gesetzeskonforme Tarifvertragsauslegung dagegen nicht mit dem hypothetischen Willen der Tarifvertragsparteien, sondern stellt auf das Prinzip der rangkonformen Auslegung ab.⁷⁵ Unterrangiges Recht sei gemäß den Wertungen von Normen der nächsthöheren Rangstufe auszulegen.⁷⁶

F. Mögliche Ansatzpunkte für eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Das Schrifttum diskutiert die folgenden Anknüpfungspunkte für ein Gebot richtlinienkonformer Tarifvertragsauslegung und -fortbildung:

- Tarifverträge sind richtlinienkonform auszulegen, weil Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind.

⁷² BAG, Urteil v. 21. 7. 1993 – 4 AZR 468/92, NZA 1994, 181, 182 = BAGE 73, 364; BAG, Urteil v. 17. 2. 2009 – 9 AZR 611/07, NJOZ 2009, 2740 Rn. 28; BAG, Urteil v. 27. 4. 2017 – 6 AZR 459/16, NZA-RR 2017, 544 Rn. 18; BAG, Urteil v. 21. 3. 2018 – 5 AZR 862/16, AP Nr. 47 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie Rn. 30 = BAGE 162, 144; so bereits für Rechtsnormen in Betriebsvereinbarungen BAG, Urteil v. 28. 9. 1965 – 1 AZR 73/65, DB 1966, 39 = BAGE 17, 305; Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 73; Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 103 f.; JKOS/Krause, § 4 Rn. 186; Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 528; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 620; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1720; Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 992.

⁷³ BAG, Urteil v. 21. 7. 1993 – 4 AZR 468/92, NZA 1994, 181, 182 = BAGE 73, 364; vgl. BAG, Urteil v. 27. 4. 2017 – 6 AZR 459/16, NZA-RR 2017, 544 Rn. 18; Liedmeier, Auslegung und Fortbildung, S. 103 f.; JKOS/Krause, § 4 Rn. 186; Däubler/Däubler, Einl. Rn. 620; vgl. Dütz, in: FS K. Molitor, S. 63, 73; wohl auch Kempen/Zachert/Brecht-Heitzmann/Zachert TVG, Grundl. Rn. 528.

⁷⁴ Vgl. BAG, Urteil v. 27. 4. 2017 – 6 AZR 459/16, NZA-RR 2017, 544 Rn. 18; vgl. BAG, Urteil v. 21. 3. 2018 – 5 AZR 862/16, AP Nr. 47 zu § 1 TVG Tarifverträge: Druckindustrie Rn. 30 = BAGE 162, 144.

⁷⁵ Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 992.

⁷⁶ Wiedemann/Wank, § 1 TVG Rn. 991; zur rangkonformen Auslegung bei Gesetzen *ders.*, in: Karakostas/Riesenhuber (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der europäischen Rechtsangleichung, S. 15 und *ders.*, Die Auslegung von Gesetzen, S. 59 ff.

- Tarifverträge sind richtlinienkonform auszulegen, weil Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind und die Tarifvertragsparteien daher den Willen haben, richtlinienkonforme Regelungen zu vereinbaren.
- Nationale Gerichte müssen Tarifverträge aufgrund der sie treffenden Umsetzungsverpflichtung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienkonform auslegen.

Diese Thesen sollen nachfolgend überprüft werden. Dabei wird auch zu prüfen sein,

- ob zwischen Tarifverträgen privater und öffentlicher Arbeitgeber/Arbeitgeberverbände zu differenzieren ist, und
- ob allgemeinverbindliche Tarifverträge anders zu behandeln sind als Tarifverträge, die kraft beidseitiger Tarifgebundenheit gelten.

Schließlich können auch die Begründungsansätze für die verfassungskonforme und gesetzeskonforme Tarifvertragsauslegung und -fortbildung als Anregung dienen. Auch für diese Begründungsansätze wird zu untersuchen sein, ob sie auf die richtlinienkonforme Rechtsfindung übertragbar sind und ein entsprechendes Gebot in Bezug auf Tarifverträge rechtfertigen:

- Tarifverträge sollen verfassungskonform auszulegen sein, weil die Tarifvertragsparteien den Willen haben, im Zweifel wirksame Regelungen zu vereinbaren.
- Tarifverträge sollen verfassungskonform fortzubilden sein, wenn das entweder dem mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien entspricht oder ihr Regelungsermessen „auf null“ reduziert ist.
- Tarifverträge sollen gesetzeskonform auszulegen sein, weil die Tarifvertragsparteien im Zweifel wirksame Regelungen vereinbaren möchten, damit die Tarifnormen Bestand haben.

2. Kapitel

Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien

Teile des Schrifttums begründen das Gebot richtlinienkonformer Tarifvertragsauslegung und -fortbildung damit, dass Tarifvertragsparteien richtliniengebunden seien. Andere lehnen eine solche Pflicht hingegen mit der Begründung ab, dass Tarifvertragsparteien gerade nicht an Richtlinien gebunden seien. Die Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien ist daher eine Grundlagenfrage, die für den weiteren Fortgang der Untersuchung bedeutsam ist. Sie ist bislang ungeklärt und kaum untersucht. Sollten Tarifvertragsparteien richtliniengebunden sein, würde das ihre durch Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 28 Var. 1 GRCh gewährleistete Tarifautonomie einschränken. Neben nationalem Recht, dem unmittelbar wirkenden europäischen Primärrecht sowie europäischen Verordnungen käme eine weitere Schicht rechtlicher Vorgaben hinzu, die Tarifvertragsparteien beachten müssten.

A. Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum

Während das Schrifttum darüber diskutiert, ob Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, verwendet die Rechtsprechung die Begrifflichkeit „Richtlinienbindung“ nicht. Jedoch beschäftigt sie sich inhaltlich damit.

I. EuGH: Entwicklung der Rechtsprechung hin zu Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien

Die Frage, in welchem Verhältnis Richtlinien und Tarifverträge zueinanderstehen, ist zwar erst in den 2010er-Jahren in der Rechtsprechung des EuGH präsent geworden. Es gibt jedoch bereits eine weiter zurückreichende Rechtsprechungslinie, auf die sich der EuGH teilweise in seinen später folgenden Urteilen stützt.

1. Gleichbehandlung von Frauen und Männern – erste Äußerungen zum Verhältnis von Richtlinien und Tarifverträgen

Das Verhältnis von Richtlinien und Tarifverträge wird erstmals im Kontext der Entgeltgleichbehandlung relevant. Art. 119 EWGV – die Vorgängernorm von Art. 141 EGV und Art. 157 AEUV – gab den Mitgliedstaaten auf, den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anzuwenden

und in der Folge beizubehalten. Der EuGH urteilte über viele Jahre hinweg – und erstmals in der Rechtssache Defrenne II¹ –, dass Art. 119 EWGV zwingenden Charakter hat und sich daher „auf alle, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen“ erstreckt.²

Im Urteil in der Rechtssache Enderby geht der EuGH im Jahr 1993 dann aber davon aus, dass Tarifverträge den in Art. 119 EWGV niedergelegten Grundsatz „nach Art. 4 RL 75/117/EWG“ beachten müssen.³ Er stützt sich also nicht mehr auf die zwingende Wirkung des Art. 119 EWGV, sondern auf Art. 4 RL 75/117/EWG, der die Vorgängernorm von Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG ist und lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts unvereinbare Bestimmungen in Tarifverträgen, Lohn- und Gehaltstabellen oder -vereinbarungen oder Einzelarbeitsverträgen nichtig sind oder für nichtig erklärt werden können.“

Die in Enderby getätigte Aussage greift der EuGH in der Folge im Kontext von Tarifverträgen nur selten wieder auf.⁴ Auf die Defrenne-Rechtsprechung, dass die Tarifvertragsparteien unmittelbar an Art. 119 EWGV gebunden sind, kommt er dagegen häufig zurück.⁵

Unmittelbarer Vorläufer der späteren Rechtsprechung zur Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG sind die Urteile in den Rechtssachen Kutz-Bauer und Sass aus den Jahren 2003 und 2004.⁶ In beiden Rechtssachen ging es in den deutschen Ausgangsverfahren um Tarifverträge des öffentlichen Dienstes. Soweit ersichtlich

¹ *EuGH*, Urteil v. 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 456 Rn. 38 = BeckEuRS 1976, 53615.

² *EuGH*, Urteil v. 8. 4. 1976 – Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 456 Rn. 38 = BeckEuRS 1976, 53615; *EuGH*, 27. 6. 1990 v. 27. 6. 1990 – C-33/89 (Kowalska), Slg. 1990, I-2607 Rn. 12 = NZA 1990, 771; *EuGH*, Urteil v. 7. 2. 1991 – C-184/89 (Nimz), Slg. 1991, I-314 Rn. 11 = NVwZ 1991, 461; *EuGH*, Urteil v. 28. 9. 1994 – C-200/91 (Coloroll Pension Trustees), Slg. 1994, I-4397 Rn. 26 = NZA 1994, 1073; *EuGH*, Urteil v. 28. 9. 1994 – C-7/93 (Beune), Slg. 1994, I-4502 Rn. 52 = BeckEuRS 1994, 204100; *EuGH*, Urteil v. 31. 5. 1995 – C-400/93 (Specialarbejderforbundet i Danmark), Slg. 1995, I-1295 Rn. 45 = BeckEuRS 1995, 207658; *EuGH*, Urteil v. 9. 9. 1999 – C-281/97 (Krüger), Slg. 1999, I-5141 Rn. 20 = NZA 1999, 1151; *EuGH*, Urteil v. 21. 10. 1999 – C-333/97 (Lewen), Slg. 1999, I-7266 Rn. 26 = NZA 1999, 1325; *EuGH*, Urteil v. 30. 3. 2000 – C-236/98 (Örebro läns landsting), Slg. 2000, I-2206 Rn. 41 = BeckEuRS 2000, 242235; *EuGH*, Urteil v. 17. 9. 2002 – C-320/00 (Lawrence), Slg. 2002, I-7345 Rn. 13 = NZA 2002, 1144; vgl. *EuGH*, Urteil v. 18. 11. 2004 – C-284/02 (Sass), Slg. 2004, I-11157 Rn. 25 = NZA 2005, 399.

³ *EuGH*, Urteil v. 27. 10. 1993 – C-127/92 (Enderby), Slg. 1993, I-5566 Rn. 21 = NZA 1994, 797.

⁴ *EuGH*, Urteil v. 28. 2. 2013 – C-427/11 (Kenny), NZA 2013, 315 Rn. 47; vgl. *EuGH*, Urteil v. 26. 6. 2001 – C-381/99 (Brunnhöfer), Slg. 2001, I-4977 Rn. 32 = BeckEuRS 2001, 354073, wo der EuGH ergänzend auf Art. 4 RL 75/117/EWG abstellt.

⁵ Siehe Fn. 2.

⁶ *EuGH*, Urteil v. 20. 3. 2003 – C-187/00 (Kutz-Bauer), Slg. 2003, I-2771 = NZA 2003, 506; *EuGH*, Urteil v. 18. 11. 2004 – C-284/02 (Sass), Slg. 2004, I-11157 = NZA 2005, 399.

verwendet der EuGH in den Urteilen erstmals die Formulierung, dass eine Richtlinie einem Tarifvertrag „entgegensteht“:

„Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass die *Artikel 2 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207* dahin auszulegen sind, dass sie *einer tarifvertraglichen Regelung für den öffentlichen Dienst*, die männlichen wie weiblichen Beschäftigten die Inanspruchnahme von Altersteilzeitarbeit erlaubt, *entgegenstehen*, wenn nach dieser Regelung die Berechtigung zur Altersteilzeitarbeit nur bis zu dem Zeitpunkt besteht, in dem erstmals eine ungekürzte Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung in Anspruch genommen werden kann, und wenn die Gruppe der Personen, die eine solche Rente bereits mit Vollendung des 60. Lebensjahres beziehen können, fast ausschließlich aus Frauen besteht, während die Gruppe, die eine solche Rente erst mit Vollendung des 65. Lebensjahres beziehen kann, fast ausschließlich aus Männern besteht, es sei denn, diese Regelung ist durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.“⁷

„Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass *die Richtlinie 76/207 einer Regelung in einem Tarifvertrag wie dem BAT-O entgegensteht*, wonach die Zeit, in der eine Arbeitnehmerin Wochenurlaub nach dem Recht der ehemaligen DDR in Anspruch genommen hat, insoweit von der Anrechnung auf eine Bewährungszeit ausgeschlossen ist, als sie über die Schutzfrist nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, auf das der Tarifvertrag abstellt, hinausgeht, sofern die Ziele und der Zweck beider Urlaubsregelungen den Zielen des Schutzes der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft entsprechen, wie er in Artikel 2 Absatz 3 der genannten Richtlinie normiert ist. Die Prüfung, ob diese Bedingungen erfüllt sind, ist Sache des nationalen Gerichts.“⁸

Welche Rechtswirkung die RL 76/207/EWG damit gegenüber Tarifvertragsparteien entfalten soll, ergibt sich jedoch nicht aus den Urteilen.

2. Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Ab dem Jahr 2010 beschäftigen den EuGH zahlreiche Fälle, in denen es um potentiell altersdiskriminierende Tarifverträge geht. Anders als das Verbot der Entgeltdiskriminierung ist das Verbot der Altersdiskriminierung nicht ausdrücklich in den Verträgen normiert. Der EuGH hat das Verbot der Altersdiskriminierung zwar in der Rechtssache Mangold als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts bezeichnet⁹ und damit in den Rang des Primärrechts erhoben.¹⁰

⁷ *EuGH*, Urteil v. 20.3.2003 – C-187/00 (Kutz-Bauer), Slg. 2003, I-2771 Rn. 63 = NZA 2003, 506. Kursive Hervorhebungen in Urteilszitaten erfolgen hier und nachfolgend durch den Verfasser.

⁸ *EuGH*, Urteil v. 18.11.2004 – C-284/02 (Sass), Slg. 2004, I-11157 Rn. 59 = NZA 2005, 399.

⁹ *EuGH*, Urteil v. 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-10013 Rn. 75 = NZA 2005, 1345.

¹⁰ Vgl. *EuArbR/Mohr*, Art. 21 GRCh Rn. 42.

Dafür ist er jedoch gerade in Deutschland stark kritisiert worden.¹¹ Deswegen verwundert es nicht, dass er, sobald die Umsetzungsfrist der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG abgelaufen war, seine Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung auf diese Richtlinie stützt und nicht mehr auf den allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.

3. Rechtssache Rosenblatt: Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien oder bloß richtlinienkonforme Auslegung nationaler Gesetze?

Auftakt der „Entscheidungsserie“ in den 2010er-Jahren ist die Rechtssache Rosenblatt.¹² In dem der Rechtssache zugrundeliegenden Verfahren des ArbG Hamburg geht es um einen Tarifvertrag, der Arbeitsverhältnisse für beendet erklärt, wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Rente wegen des Alters hat. Der EuGH prüft im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens, ob Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG § 10 S. 3 Nr. 5 AGG entgegensteht, nach dem die streitgegenständliche Tarifvertragsregelung zulässig sein kann.¹³ Nach § 10 S. 3 Nr. 5 AGG, der Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie umsetzt, kann eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig sein, wenn es um eine Vereinbarung geht, die ein Beschäftigungsverhältnis zu dem Zeitpunkt ohne Kündigung beendet, zu dem der Beschäftigte eine Altersrente beantragen kann. Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG lautet:

„Ungeachtet des Artikels 2 Abs. 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. [...]“

Das Urteil fokussiert sich – vermutlich auch aufgrund der Formulierung der Vorlagefrage – stark auf § 10 S. 3 Nr. 5 AGG. Gleichzeitig enthält es Aussagen wie:

„Diese Schlussfolgerung bedeutet indessen *nicht*, dass solche in einem Tarifvertrag enthaltenen Klauseln der effektiven gerichtlichen Kontrolle im Hinblick auf die Vorschriften der Richtlinie 2000/78 und den Gleichbehandlungsgrundsatz entzogen wären. [...] Es ist nämlich für jede den Mechanismus einer automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorsehende Vereinbarung *sicherzustellen*, dass insbesondere die in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie 2000/78 normierten Voraussetzungen *eingehalten* sind. Überdies wird den

¹¹ Bauer/Arnold, NJW 2006, 6, 10; Preis, NZA 2006, 401, 404 ff.; Reichhold, JZ 2006, 549 f.; Gerken/Rieble/Roth/Stein/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, S. 17 ff.; Höpfner, ZfA 2010, 449, 454 ff.

¹² EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010 – C-45/09 (Rosenblatt), Slg. 2010, I-9450 = NZA 2010, 1167.

¹³ EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010 – C-45/09 (Rosenblatt), Slg. 2010, I-9450 Rn. 36 ff. = NZA 2010, 1167.

Mitgliedstaaten in Art. 16 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 ausdrücklich aufgegeben, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen ... für nichtig erklärt werden können oder geändert werden*.

[...] Die Nutzung dieser Ermächtigung in einem Tarifvertrag ist als solche nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen, sondern muss gemäß den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 ebenfalls in angemessener und erforderlicher Weise ein legitimes Ziel verfolgen.

Mit der ersten und der dritten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 der in § 19 Nr. 8 RTV enthaltenen Klausel entgegensteht, nach der das Arbeitsverhältnis automatisch endet, wenn der Beschäftigte das Rentenalter von 65 Jahren erreicht.

Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob mit dieser Regelung ein legitimes Ziel verfolgt wird und ob sie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 angemessen und erforderlich ist.¹⁴

„Auf die erste und die dritte Frage ist daher zu antworten, dass Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG dahin auszulegen ist, dass er einer Maßnahme wie der in § 19 Nr. 8 RTV enthaltenen Klausel über die automatische Beendigung der Arbeitsverhältnisse von Beschäftigten, die das Rentenalter von 65 Jahren erreicht haben, nicht entgegensteht.“¹⁵

Der EuGH kontrolliert den Tarifvertrag also auch selbst anhand der Richtlinie. Daraus auf eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien zu schließen, würde aber zu weit gehen. Der starke Fokus auf die Auslegung von § 10 S. 3 Nr. 5 AGG deutet darauf hin, dass es dem EuGH lediglich um die richtlinienkonforme Interpretation dieser Norm geht. Wenn der EuGH sich dazu äußert, ob – in seinem Sprachgebrauch – Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG einer bestimmten Regelung in einem Tarifvertrag „entgegensteht“ oder „nicht entgegensteht“,¹⁶ gibt er nur Auskunft darüber, wie der Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG umsetzende § 10 S. 3 Nr. 5 AGG auszulegen ist.

In die gleiche Richtung gehen die Äußerungen der Generalanwältin Trstenjak:

„Eine tarifvertraglich vereinbarte Rentenregelaltersgrenze wie § 19 Nr. 8 RTV, welche die Sozialpartner auf der Grundlage einer gesetzlichen Befugnis wie § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG bzw. des gegebenenfalls vor Inkrafttreten des AGG einschlägigen § 41 SGB VI vereinbart haben, ist dann mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar, wenn die Sozialpartner dessen Voraussetzungen berücksichtigt haben.“¹⁷

¹⁴ EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010 – C-45/09 (Rosenblatt), Slg. 2010, I-9450 Rn. 52 ff. = NZA 2010, 1167.

¹⁵ EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010 – C-45/09 (Rosenblatt), Slg. 2010, I-9450 Rn. 77 = NZA 2010, 1167.

¹⁶ EuGH, Urteil v. 12. 10. 2010 – C-45/09 (Rosenblatt), Slg. 2010, I-9450 Rn. 77 = NZA 2010, 1167.

¹⁷ GA'in Trstenjak, Schlussanträge v. 28. 4. 2010 – C-45/09 (Rosenblatt), Slg. 2010, I-9450 Rn. 112 = BeckEuRS 2010, 512175.

Zwar prüft die Generalanwältin in der Folge, ob der Tarifvertrag den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG entspricht. Jedoch gibt auch sie zu erkennen, dass die Tarifvertragsregelung § 10 S. 3 Nr. 5 AGG beachten muss, indem sie § 10 S. 3 Nr. 5 AGG als „gesetzliche Befugnis“ einordnet. Die in der Folge zu Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG getätigten Aussagen zum konkreten Tarifvertrag lassen sich also auch auf § 10 S. 3 Nr. 5 AGG beziehen, der richtlinienkonform ausgelegt werden muss.

4. Rechtssache Hennigs: Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien

Das auf Rosenblatt folgende Urteil zur Altersdiskriminierung in Tarifverträgen ergeht ohne Schlussanträge im Jahr 2011 in der Rechtssache Hennigs.¹⁸ Gegenstand dieses ebenfalls aus Deutschland stammenden Vorabentscheidungsverfahrens ist die Regelung im Bundesangestelltentarifvertrag (BAT), die eine Vergütung nach Lebensaltersstufen vorsieht. Parteien des Tarifvertrags waren auf der einen Seite die öffentlichen Arbeitgeber, d. h. Bund, Länder und kommunale Arbeitgeber, und auf der anderen Seite die mittlerweile in ver.di aufgegangene Gewerkschaft ÖTV. Es ist nicht ersichtlich, dass das Urteil wegen der Beteiligung der öffentlichen Hand am Tarifvertrag anders ausgefallen ist, als es bei privaten Arbeitgebern ausgefallen wäre.

Zum einen enthält das Urteil Aussagen, die der EuGH auch in Rosenblatt getroffen hat, etwa dass Art. 6 Abs. 1 RL 2000/78/EG einer in einem Tarifvertrag vorgesehenen Maßnahme entgegenstehen kann und entgegensteht.¹⁹ Der EuGH geht aber auch über seine vorherigen Aussagen hinaus:

„Insoweit geht aus Art. 16 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2000/78 eindeutig hervor, dass *Tarifverträge* ebenso wie Rechts- und Verwaltungsvorschriften *den von dieser Richtlinie verwirklichten Grundsatz beachten müssen*.“²⁰

Art. 16 Abs. 1 lit. b der Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass

[...]

b) die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht zu vereinbarenden Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder erklärt werden können oder geändert werden.“

¹⁸ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 = NZA 2011, 1100.

¹⁹ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 Rn. 78 = NZA 2011, 1100.

²⁰ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 Rn. 63 = NZA 2011, 1100.

Der EuGH schlussfolgert aus einer die Mitgliedstaaten treffenden Pflicht, Tarifverträge, die den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen, für nichtig zu erklären, für nichtig erklären zu können oder ändern zu können, also, dass Tarifverträge den in der Richtlinie verankerten Gleichbehandlungsgrundsatz beachten müssen. Das kann man so verstehen, dass die Tarifvertragsparteien zumindest an den Gleichbehandlungsgrundsatz der Richtlinie gebunden sind. Zwingend ist diese Interpretation indes nicht. Die Aussage des EuGH lässt sich auch so erklären, dass Tarifverträge den Gleichbehandlungsgrundsatz achten müssen, wenn mitgliedstaatliche Institutionen sie nicht für nichtig erklären können sollen. Bei diesem Urteilsverständnis würde der EuGH keine unmittelbare Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien annehmen, sondern nur beschreiben, welche faktischen Auswirkungen Art. 16 lit. b der Richtlinie hat: Wenn Tarifvertragsparteien den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht achten, werden Mitgliedstaaten die dagegen verstoßenden Regelungen für nichtig erklären.

Im weiteren Verlauf des Urteils wird aus der Formulierung „den von dieser Richtlinie verwirklichten Grundsatz beachten müssen“ aber „müssen die Sozialpartner [...] diese Richtlinie beachten“.²¹ Im Französischen heißt es dazu „les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive“, im Englischen „the social partners must comply with that directive“ und „los interlocutores sociales deben actuar respetando dicha Directiva“ im Spanischen. Ging es zuvor nur darum, dass Tarifverträge den Gleichbehandlungsgrundsatz achten müssen, müssen die Tarifvertragsparteien durch diese gewandelte Formulierung nicht mehr nur den Gleichbehandlungsgrundsatz achten, sondern die gesamte Richtlinie. Damit nimmt der EuGH eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien an, die man dem Urteil bis Randnummer 67 und auch dem Urteil des EuGH in *Rosenblatt* nicht zwingend entnehmen kann.

Grundlage für die Aussage, die Sozialpartner müssten die Richtlinie beachten, sind die Urteile in den Rechtssachen *Viking Line* und *Laval*.²² Aus diesen Urteilen soll sich sinngemäß ergeben, dass das Recht auf Kollektivverhandlungen aus Art. 28 GRCh „im Rahmen der Anwendung des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden“ muss.²³ In einfacheren Worten sagt der EuGH damit, dass das Recht auf Kollektivverhandlungen nicht grenzenlos ist, sondern die Sozialpartner dort, wo Unionsrecht anwendbar ist, dieses auch beachten müssen.

Damit ist jedoch nicht gesagt, wann und auf wen das Unionsrecht anwendbar ist. Das bleibt in Randnummer 68 des Urteils in der Rechtssache *Hennigs* offen:

²¹ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (*Hennigs*), Slg. 2011, I-7968 Rn. 68 = NZA 2011, 1100.

²² *EuGH*, Urteil v. 11. 12. 2007 – C-438/05 (*Viking Line*), Slg. 2007, I-10806 = NZA 2008, 124; *EuGH*, Urteil v. 18. 12. 2007 – C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I-11845 = NZA 2008, 159.

²³ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (*Hennigs*), Slg. 2011, I-7968 Rn. 67 = NZA 2011, 1100.

„Deshalb müssen die Sozialpartner beim Erlass von Maßnahmen, die in den Anwendungsbereich der im Bereich von Beschäftigung und Beruf das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisierenden Richtlinie 2000/78 fallen, diese Richtlinie beachten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Oktober 1993, Enderby, C-127/92, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 22).“²⁴

Der EuGH gibt also den Prüfungspunkt „Maßnahmen, die in den Anwendungsbereich der [...] Richtlinie 2000/78/EG fallen“ vor. Um auf diesem Weg dazu zu kommen, dass Tarifvertragsparteien Richtlinien beachten müssen, hätte er zwei Fragen beantworten müssen:

1. Unterfällt der Tarifvertrag dem sachlichen Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG?
2. Sind die Tarifvertragsparteien generell an Richtlinien gebunden oder ist für Tarifvertragsparteien jedenfalls der persönliche Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG eröffnet?

Die erste Frage beantwortet der EuGH, indem er auf Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG eingeht, bevor er sich mit den Vorlagefragen auseinandersetzt.²⁵ Die Antwort auf die zweite Frage bleibt er aber schuldig. Es ist jedoch nicht möglich, auf die zweite Voraussetzung – die des persönlichen Anwendungsbereichs – zu verzichten. Verzichtet man auf den persönlichen Anwendungsbereich einer Richtlinie, muss auch jede Privatperson die Richtlinie 2000/78/EG beachten, wenn sie eine Maßnahme trifft, die in den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG) fällt. Das wird der EuGH vermutlich nicht beabsichtigt haben, denn dann würden Richtlinien flächendeckend unmittelbar horizontal wirken, was er in ständiger Rechtsprechung ablehnt. Die auf die Urteile Viking Line und Laval gestützte Argumentationslinie des EuGH trägt ihr Ergebnis also nicht, weil die Argumentation zu früh stehen bleibt: Der EuGH subsumiert nur unter eine von zwei Voraussetzungen.

Das mag damit zusammenhängen, dass in vielen Mitgliedstaaten der EU Tarifverträge *erga omnes* wirken und die Tarifvertragsgeltung damit nicht privatautonom legitimiert ist, sondern teilweise auf der Delegation staatlicher Rechtsetzungsmacht beruht. Für EuGH-Richter, die aufgrund der Prägung durch ihren eigenen Rechtskreis implizit die Delegationstheorie zugrunde legen, mag es unproblematisch sein, im Fall staatlich delegierter Rechtsetzungsmacht eine staatsgleiche Richtlinienbindung anzunehmen. Zum einen unterscheiden sich aber die Voraussetzungen der Tarifgeltung und damit die Erklärungsmodelle dafür in den Mitgliedstaaten. Zum anderen hätte der EuGH zumindest ausdrücklich artiku-

²⁴ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 Rn. 68 = NZA 2011, 1100. Der Verweis auf Rn. 22 im Urteil *Enderby* ist wohl falsch. Es wird Rn. 21 gemeint sein: Nach Art. 4 RL 75/117/EWG ist Art. 119 EWGV bei Tarifverträgen zu beachten.

²⁵ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 Rn. 48 ff. = NZA 2011, 1100.

lieren müssen, dass er der Delegationstheorie folgt und deswegen bei Tarifvertragsparteien auch den persönlichen Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG als eröffnet ansieht.

Auch der Verweis auf die Rechtssache Enderby hilft über die unzulängliche Argumentation nicht hinweg. In Enderby entschied der EuGH, dass Tarifverträge das primärrechtliche Geschlechterdiskriminierungsverbot „nach Art. 4 der Richtlinie 75/117/EWG“ beachten müssen. Art. 4 RL 75/117/EWG ähnelt Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG. Der EuGH greift mit der Rechtssache Enderby aber nicht nur eine vereinzelt gebliebene Aussage aus seiner Rechtsprechung auf. Die Kernaussage dieses Urteil ist auch unglücklich formuliert, da der EuGH Tarifverträge unmittelbar an einem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot misst, wie er in Defrenne II und darauffolgenden Entscheidungen geurteilt hat. Dafür braucht es anders als in Enderby beschrieben keinen Umweg über eine Richtlinie. In Enderby entschied der EuGH zudem nicht, dass Tarifvertragsparteien aufgrund von Art. 4 RL 75/117/EWG die gesamte Richtlinie 75/117/EWG beachten müssen. Aus der mit Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG vergleichbaren Norm Art. 4 RL 75/117/EWG leitete er ab, dass Tarifverträge Art. 119 EWGV beachten müssen. Aufgrund dieses unterschiedlichen Aussagegehalts von Enderby und Hennigs hat der EuGH zu Beginn des Klammerzusatzes wohl ein „vgl. in diesem Sinne“ hinzugefügt. Auch mit diesem Zusatz verdeckt der Verweis aber, dass der EuGH an dieser Stelle im Urteil Hennigs eine neue Aussage trifft, die weit über die im zitierten Urteil Enderby hinausgeht: In Hennigs geht es um die Bindung an eine *sekundärrechtliche* Richtlinie, in Enderby um die Bindung an ein *primärrechtliches* Diskriminierungsverbot.

Der EuGH hebt zwar hervor, dass die RL 2000/78/EG im Bereich von Beschäftigung und Beruf das Verbot der Altersdiskriminierung konkretisiert, also den in Mangold entwickelten allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts. Man kann daher vertreten, dass die Tarifvertragsparteien an das Verbot der Altersdiskriminierung in der Form gebunden sind, die es durch die konkretisierende Richtlinie 2000/78/EG gefunden hat. Dann muss der Anwendungsbereich *des Verbots der Altersdiskriminierung* aber eröffnet sein, damit die Tarifvertragsparteien die dieses Verbot konkretisierende Richtlinie beachten müssen. Genau davon geht der EuGH allerdings nicht aus. Es geht ihm um den Anwendungsbereich *der Richtlinie* und darum, dass die Tarifvertragsparteien *die Richtlinie* beachten müssen. Daher trägt auch der „Umweg“ über das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien nicht.

5. Rechtssachen Prigge, Tyrolean Airways, Hay, Bowman, Abercrombie & Fitch Italia und Bedi: Bestätigung der Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien

Seine in den Urteilen Rosenblatt und Hennigs entwickelte Rechtsprechung bestätigt der EuGH in den Rechtssachen Prigge²⁶, Tyrolean Airways²⁷, Hay²⁸, Bowman²⁹, Abercrombie & Fitch Italia³⁰ und Bedi³¹.

Im Urteil zur Rechtssache Prigge schließt der EuGH fast wortgleich wie in Hennigs von den Urteilen Viking Line und Laval auf die Pflicht der Tarifvertragsparteien, die Richtlinie zu beachten:

„Denn das in Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen muss im Geltungsbereich des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union, 'Viking Line', C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnr. 44, und vom 18. Dezember 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Randnr. 91)

Wenn die *Sozialpartner* Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 fallen, die für Beschäftigung und Beruf das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisiert, *müssen* sie daher *unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen* (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 27. Oktober 1993, Enderby, C-127/92, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 22).“³²

Es folgt der aus Hennigs bekannte Verweis auf Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG.³³

Ähnlich formuliert der EuGH auch im Urteil zur Rechtssache Bedi:

„Soweit das in Art. 28 der Charta proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen Bestandteil des Unionsrechts ist, muss es im Rahmen der Anwendung des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden (Urteil vom 8. September 2011, Hennigs und Mai, C-297/10 und C-298/10, EU:C:2011:560, Rn. 67 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

Deshalb *müssen die Sozialpartner* beim Erlass von Maßnahmen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78 fallen, *diese Richtlinie beachten* (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8. September 2011, Hennigs und Mai, C-297/10 und C-298/10, EU:C:2011:560, Rn. 68, sowie vom 12. Dezember 2013, Hay, C-267/12, EU:C:2013:823, Rn. 27).“³⁴

²⁶ *EuGH*, Urteil v. 13. 9. 2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8034 = NZA 2011, 1039.

²⁷ *EuGH*, Urteil v. 7. 6. 2012 – C-132/11 (Tyrolean Airways), NZA 2012, 742.

²⁸ *EuGH*, Urteil v. 12. 12. 2013 – C-267/12 (Hay), NZA 2014, 153.

²⁹ *EuGH*, Urteil v. 21. 12. 2016 – C-539/15 (Bowman), NZA 2017, 109.

³⁰ *EuGH*, Urteil v. 19. 7. 2017 – C-143/16 (Abercrombie & Fitch Italia), NZA 2017, 1247.

³¹ *EuGH*, Urteil v. 19. 9. 2018 – C-312/17 (Bedi), NZA 2018, 1268.

³² *EuGH*, Urteil v. 13. 9. 2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8034 Rn. 47 f. = NZA 2011, 1039.

³³ *EuGH*, Urteil v. 13. 9. 2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8034 Rn. 49 = NZA 2011, 1039.

³⁴ *EuGH*, Urteil v. 19. 9. 2018 – C-312/17 (Bedi), NZA 2018, 1268 Rn. 69 f.

Im Urteil zur Rechtssache Tyrolean Airways verzichtet der EuGH darauf, zu begründen, dass die Tarifvertragsparteien die Richtlinie beachten müssen. Stattdessen ersetzt er die Begründung durch einen Verweis auf seine Rechtsprechung:

„Nach der Rechtsprechung *müssen die Sozialpartner*, wenn sie Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG fallen, mit der für den Bereich der Beschäftigung und des Berufs das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisiert wird, *unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen* (Urteil vom 13. September 2011, Prigge u. a., C-447/09, Slg. 2011, I-8003, Randnr. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).“³⁵

Sehr ähnlich lauten die Urteile in den Rechtssachen Hay, Bowman und Abercrombie & Fitch Italia:

„Was die Anwendung der RL 2000/78/EG auf Bestimmungen eines Tarifvertrags wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden betrifft, *müssen* nach der Rechtsprechung des EuGH *die Sozialpartner*, wenn sie Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen, *unter deren Beachtung vorgehen* (vgl. Urteile vom 13. September 2011, Prigge u. a., C-447/09, Slg. 2011, I-8003, Randnr. 48, und vom 7. Juni 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt, C-132/11, Randnr. 22).“³⁶

„Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten und *die Sozialpartner*, wenn sie Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78 fallen, mit der für den Bereich der Beschäftigung und des Berufs das nunmehr in Art. 21 der Charta verankerte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisiert wird, *unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen müssen* (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. September 2011, Prigge u. a., C-447/09, EU:C:2011:573, Rn. 48, und vom 11. November 2014, Schmitzer, C-530/13, EU:C:2014:2359, Rn. 23).“³⁷

Wie auch im Urteil Hennigs prüft der EuGH in den Rechtssachen Prigge, Tyrolean Airways, Hay und Bedi, ob der sachliche Anwendungsbereich gemäß Art. 3 Abs. 1 RL 2000/78/EG eröffnet ist.³⁸ Er kann auf diese Weise erklären, warum *nationales Gesetzesrecht*, das auf die Tarifverträge angewendet wird, die Richtlinie beachten muss. Wie in Hennigs erklärt er aber *nicht*, warum die *Tarifvertragsparteien* die Richtlinie beachten müssen. Es bleibt also auch in diesen drei Urteilen offen, ob die Tarifvertragsparteien generell an Richtlinien gebunden sind oder ob nur eine Bindung an RL 2000/78/EG besteht.

Während der EuGH in den Rechtssachen Tyrolean Airways, Hay und Bowman auf Schlussanträge eines Generalanwalts verzichtet hat, gibt es in der Rechtssache Prigge Schlussanträge. Diese zeigen, dass der Generalanwalt Cruz Villalón

³⁵ *EuGH*, Urteil v. 7.6.2012 – C-132/11 (Tyrolean Airways), NZA 2012, 742 Rn. 22.

³⁶ *EuGH*, Urteil v. 12.12.2013 – C-267/12 (Hay), NZA 2014, 153 Rn. 27.

³⁷ *EuGH*, Urteil v. 21.12.2016 – C-539/15 (Bowman), NZA 2017, 109 Rn. 19; mit Ausnahme des Klammerzusatzes identisch *EuGH*, Urteil v. 19.7.2017 – C-143/16 (Abercrombie & Fitch Italia), NZA 2017, 1247 Rn. 17.

³⁸ *EuGH*, Urteil v. 13.9.2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8034 Rn. 41 = NZA 2011, 1039; *EuGH*, Urteil v. 7.6.2012 – C-132/11 (Tyrolean Airways), NZA 2012, 742 Rn. 24; *EuGH*, Urteil v. 12.12.2013 – C-267/12 (Hay), NZA 2014, 153 Rn. 28; *EuGH*, Urteil v. 19.9.2018 – C-312/17 (Bedi), NZA 2018, 1268 Rn. 29f.

keine Bedenken hat, Tarifverträge unmittelbar und nicht nur über den Umweg nationaler Gesetze an der Richtlinie 2000/78/EG zu messen. Die Vorlagefrage des BAG lautete:

„Sind Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 1 und/oder Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und/oder der allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts über das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters so auszulegen, dass sie Regelungen des nationalen Rechts entgegenstehen, die eine auf Gründen der Gewährleistung der Flugsicherheit beruhende tarifliche Altersgrenzenregelung von 60 Jahren für Piloten anerkennen?“³⁹

Die Vorlagefrage des BAG bezieht sich auf Regelungen nationalen Rechts, die eine tarifvertragliche Regelung anerkennen. Es geht dem BAG also darum, ob die Richtlinie einer bestimmten *Gesetzes*auslegung entgegensteht. Der Generalanwalt schreibt dagegen:

„Nach alledem ist meines Erachtens die Frage wie folgt umzuformulieren:

Sind Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2000/78 im Licht von Art. 21 der Charta dahin auszulegen, dass sie der Festsetzung einer tariflichen Altersgrenze für Piloten von 60 Jahren entgegenstehen?“⁴⁰

Als Grund für die Umformulierung führt der Generalanwalt an, dass seit dem Inkrafttreten der Grundrechtecharta und deren Art. 21 nicht mehr auf das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts zurückgegriffen werden müsse.⁴¹ Außerdem sieht er die Beschränkung auf „Gründe der Gewährleistung der Flugsicherheit“ als zu eng an.⁴² Er schreibt jedoch nichts dazu, dass die Umformulierung den Blickwinkel der Vorlagefrage verändert. Nach der Umformulierung ist nämlich nicht mehr danach gefragt, ob die Richtlinie einer Auslegung des *nationalen Gesetzesrechts*, sondern ob die Richtlinie einer *tariflichen Regelung* entgegensteht. Das kann man entweder damit erklären, dass der Generalanwalt keine Probleme dabei sieht, Tarifverträge unmittelbar an Richtlinien zu messen. Eine andere denkbare Begründung ist, dass es dem Generalanwalt an Gespür für die Besonderheiten des Arbeitsrechts fehlt. Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist es ein großer Unterschied, ob ein Tarifvertrag bloß am nationalen Gesetzesrecht oder zusätzlich an Richtlinien zu messen ist.

Die zu Tarifvertragsparteien ergangene Rechtsprechung bestätigt der EuGH in der Entscheidung Odar:

³⁹ GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 19.5.2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8006 Rn. 19 = BeckRS 2011, 80871.

⁴⁰ GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 19.5.2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8006 Rn. 30 = BeckRS 2011, 80871.

⁴¹ GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 19.5.2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8006 Rn. 26 = BeckRS 2011, 80871.

⁴² GA Cruz Villalón, Schlussanträge v. 19.5.2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8006 Rn. 28 f. = BeckRS 2011, 80871.

„Wie sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, *müssen die Sozialpartner*, wenn sie Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters für Beschäftigung und Beruf konkretisierenden Richtlinie 2000/78 fallen, *unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen* (Urteile vom 13. September 2011, Prigge u. a., C-447/09, Slg. 2011, I-8003, Randnr. 48, sowie vom 7. Juni 2012, Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt, C-132/11, Randnr. 22).“⁴³

In dieser Entscheidung geht um eine Entlassungsabfindung aufgrund eines vorsorglichen Sozialplans. Unter dem Begriff „Sozialpartner“ versteht der EuGH also nicht nur Tarifvertragsparteien, sondern auch Betriebsparteien. Auch die Generalanwältin Sharpston misst in ihren Schlussanträgen zur Rechtssache Odar die Sozialplanregelung an der Richtlinie und kommt zu dem Schluss, dass die Richtlinie der Regelung „entgegensteht“.⁴⁴ Im Gegensatz zu dem Urteil des EuGH in Odar, aber auch den vorherigen Urteilen Prigge, Tyrolean Airways und Hay, soll die Richtlinie indes nur über gegebenenfalls richtlinienkonform auszulegendes nationales Gesetzesrecht die Geltung des Sozialplans beeinflussen.⁴⁵ Für die Generalanwältin folgt aus der Formulierung, dass die Richtlinie einem Sozialplan „entgegenstehen“ kann, damit keine Richtlinienbindung der Betriebsparteien, sondern nur die Pflicht nationaler Gerichte, das nationale Gesetzesrecht richtlinienkonform auszulegen. Über den Umweg des nationalen Gesetzesrechts soll also der Spielraum der Betriebsparteien auf den nach der Richtlinie zulässigen Spielraum beschränkt werden.

6. Qualität der Bindung an RL 2000/78/EG – Unterlassungspflicht

Offen ist, in welchem Umfang die Tarifvertragsparteien an die RL 2000/78/EG gebunden sind, wenn der EuGH urteilt, sie müssten die RL 2000/78/EG „beachten“. In Betracht kommt, dass die Tarifvertragsparteien an den Kerngehalt des Art. 288 Abs. 3 AEUV, die Umsetzungspflicht gebunden sind. Dann müssten sie die Richtlinie durch eigenen Rechtsakt umzusetzen. In diese Richtung äußert sich der EuGH allerdings nicht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese Rechtspflicht in Form einer Handlungspflicht grundsätzlich allein die Mitgliedstaaten trifft. Diese Handlungspflicht verpflichtet etwa die nationalen Legislative dazu, Umsetzungsmaßnahmen zu erlassen.

Indem die Tarifvertragsparteien die RL 2000/78/EG beachten müssen, verpflichtet der EuGH die Tarifvertragsparteien aber, keine richtlinienwidrigen Tarifverträge zu schließen. Damit ist ein Teil der Umsetzungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV angesprochen, der selten beleuchtet wird. Es handelt sich um keine

⁴³ *EuGH*, Urteil v. 6. 12. 2012 – C-152/11 (Odar), NZA 2012, 1435 Rn. 34.

⁴⁴ *GA'in Sharpston*, Schlussanträge v. 12. 7. 2012 – C-152/11 (Odar), BeckEuRS 2012, 681386 Rn. 31 ff.

⁴⁵ *GA'in Sharpston*, Schlussanträge v. 12. 7. 2012 – C-152/11 (Odar), BeckEuRS 2012, 681386 Rn. 30, 80.

Handlungs-, sondern um eine *Unterlassungspflicht*. Tarifvertragsparteien haben richtlinienwidrige Maßnahmen – Tarifvertragsabschlüsse – zu unterlassen. Eine vergleichbare Pflicht trifft auch die mitgliedstaatlichen Gewalten: Die Legislative darf keine richtlinienwidrigen Gesetze erlassen, die Exekutive keine richtlinienwidrigen Maßnahmen ergreifen und die Judikative – innerhalb des ihr zustehenden Rahmens der Rechtsfindung – keine richtlinienwidrigen Urteile fällen. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist ähnelt das Frustrationsverbot dieser Pflicht.⁴⁶

Die Pflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV besteht also aus zwei Teilen – aus der Handlungspflicht, die Richtlinie umzusetzen, und aus der Unterlassungspflicht, richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die Tarifvertragsparteien in Bezug auf RL 2000/78/EG nur an eine der beiden Pflichten aus Art. 288 Abs. 3 AEUV, die Unterlassungspflicht gebunden.

7. Arbeitszeit- und Urlaubsrichtlinie 2003/88/EG kann Tarifverträgen entgegenstehen

Während die Rechtsprechung zum Verhältnis von Tarifverträgen zur Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG umfangreich ist, gibt es nur wenige Entscheidungen, die sich mit den Auswirkungen der Arbeitszeit- und Urlaubsrichtlinie 2003/88/EG auf Tarifverträge beschäftigen. Die Äußerungen des EuGH zu RL 2003/88/EG sind auch nicht so weitreichend wie die zu RL 2000/78/EG. Der EuGH äußert sich *nicht* dahingehend, dass die Tarifvertragsparteien RL 2003/88/EG oder deren Ziele *beachten* müssen. Der EuGH prüft lediglich, ob Normen der Richtlinie Tarifverträgen *entgegenstehen*.

In dem der Vorabentscheidung KHS/Schulte zugrundeliegenden Verfahren klagt ein Arbeitnehmer darauf, dass sein Arbeitgeber den Urlaub abgilt, den er während seiner mehrjährigen gesundheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht genommen hat. Der anwendbare Tarifvertrag sieht vor, dass der Urlaubsanspruch 15 Monate nach dem Ablauf des Kalenderjahres erlischt, wenn der Urlaub wegen Krankheit nicht genommen werden konnte. Das LAG Hamm legt dem EuGH daraufhin die Frage vor, ob Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG einer solchen tarifvertraglichen Regelung entgegensteht.⁴⁷ Die Vorlagefrage gibt also bereits die Richtung des EuGH vor. Anders als das BAG etwa in der Rechtssache Rosenblatt fragt das LAG Hamm nicht danach, welchen Einfluss die Richtlinie auf eine nationale Gesetzesnorm hat – in der Rechtssache KHS/Schulte § 13 BUrlG, der Grundlage für die tarifvertragliche Regelung ist. Stattdessen fragt das LAG unmittelbar nach der Vereinbarkeit eines Tarifvertrags mit der Richtlinie. In der Folge prüft der EuGH daher, ob der Tarifvertrag die Anforderungen der Richtlinie erfüllt:

⁴⁶ Vgl. dazu S. 11.

⁴⁷ LAG Hamm, Beschluss v. 15. 4. 2010 – 16 Sa 1176/09, ZIP 2010, 1000.

„In Bezug auf den Übertragungszeitraum, nach dessen Ende der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlöschen kann, wenn während eines Zeitraums der Arbeitsunfähigkeit Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub angesammelt werden, ist in Anbetracht von Art. 7 der Richtlinie 2003/88 und unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen zu beurteilen, ob ein durch nationale Vorschriften oder Gepflogenheiten wie etwa Tarifverträge auf 15 Monate festgelegter Zeitraum, in dem der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub übertragen werden kann, vernünftigerweise als Zeitraum eingestuft werden kann, bei dessen Überschreitung der bezahlte Jahresurlaub für den Arbeitnehmer keine positive Wirkung als Erholungszeit mehr hat.“⁴⁸

Im Ergebnis geht der EuGH davon aus, dass die Richtlinie dem Tarifvertrag nicht entgegensteht:

„Daher ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin auszulegen ist, dass er einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten wie etwa Tarifverträgen nicht entgegensteht, die die Möglichkeit für einen während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähigen Arbeitnehmer, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub anzusammeln, dadurch einschränken, dass sie einen Übertragungszeitraum von 15 Monaten vorsehen, nach dessen Ablauf der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt.“⁴⁹

Ob daraus folgt, dass Tarifvertragsparteien an die Richtlinie 2003/88/EG gebunden sind, oder ob die Richtlinie nur über richtlinienkonform auszulegendes nationales Gesetzesrecht auf Tarifverträge einwirkt, ist unklar. Die Terminologie bleibt jedenfalls hinter derjenigen der Urteile Hennigs und Prigge zurück, die zweieinhalb Monate früher ergangen sind. Der EuGH verwendet also, was das Verhältnis zwischen Richtlinie und Tarifvertrag angeht, für die Richtlinien 2000/78/EG eine andere Terminologie als für die Richtlinie 2003/88/EG.

In der Rechtssache ANGED legt das spanische Tribunal Supremo dem EuGH die Frage vor, ob Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG *nationalen Rechtsvorschriften* („la normativa nacional“⁵⁰) entgegensteht, die vorsehen, dass ein Arbeitnehmer, der während des bezahlten Jahresurlaubs arbeitsunfähig wird, nicht berechtigt ist, den Jahresurlaub später in Anspruch zu nehmen, der mit der Arbeitsunfähigkeit zusammenfällt.⁵¹ Die nationalen Rechtsvorschriften, um die es im spanischen Verfahren geht, sind Normen einer Kollektivvereinbarung, die einer gesetzlichen Bestimmung ähneln. Der EuGH urteilt:

„Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88 dahingehend auszulegen ist, dass er *nationalen Rechtsvorschriften* entgegensteht, die vorsehen, dass ein Arbeitnehmer, der während des bezahlten Jahresurlaubs arbeitsun-

⁴⁸ EuGH, Urteil v. 22. 11. 2011 – C-214/10 (KHS/Schulte), Slg. 2011, I-11794 Rn. 35 = NZA 2011, 1333.

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 22. 11. 2011 – C-214/10 (KHS/Schulte), Slg. 2011, I-11794 Rn. 44 = NZA 2011, 1333.

⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Beschluss v. 26. 1. 2011, ECLI: ES:TS:2011:3081A.

⁵¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 21. 6. 2012 – C-78/11 (ANGED), NZA 2012, 851.

fähig wird, nicht berechtigt ist, den Jahresurlaub, der mit der Arbeitsunfähigkeit zusammenfällt, später in Anspruch zu nehmen.“⁵²

Ebenso wie in KHS/Schulte bleibt in ANGED offen, ob der EuGH die Tarifvertragsparteien unmittelbar an RL 2003/88/EG bindet, da die vom EuGH gegebene Antwort auf die Formulierung der Vorlagefrage zurückzuführen ist. Kann eine Richtlinie einer tarifvertraglichen Regelung entgegenstehen, spricht Einiges dafür, dass die Richtlinie dem Tarifvertrag und damit den sie schließenden Parteien Vorgaben macht. So ausdrücklich, wie der EuGH das zur RL 2000/78/EG formuliert, formuliert er das für die Arbeitszeit- und Urlaubsrichtlinie aber nicht.

Deutlich wird hingegen Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Hein:

„Aus unionsrechtlicher Sicht ist es unerheblich, dass die Vorschriften eines Tarifvertrags nicht von den Einrichtungen des Mitgliedstaats aufgestellt werden. Maßgeblich ist vielmehr, dass diese Einrichtungen solche Vorschriften zugelassen und sie zu einem Teil der anwendbaren rechtlichen Regelungen in der entsprechenden Branche erklärt haben sowie sie durch die Gerichte des Staates durchsetzen lassen. Zusammengefasst führt das gesetzgeberische „Outsourcing“ in unterschiedlicher Form weder dazu, dass Unionsrecht nicht mehr anwendbar ist, noch dazu, dass dem Mitgliedstaat seine Letztverantwortung für den Inhalt der Bestimmungen entzogen wird.“⁵³

Er begründet auf diese Weise, dass eine tarifliche Regelung, die er als „nationale Vorschrift“ begreift⁵⁴, dem Geltungsbereich des Unionsrechts unterfällt. In der sich an zitierten Absatz anschließenden Fußnote führt er aus:

„In weiter gefasster Analogie zur Rechtsprechung zur Staatshaftung haftet aus unionsrechtlicher Sicht immer der Mitgliedstaat für Schäden, die einem Bürger durch Verletzung des Unionsrechts entstehen, unabhängig davon, welche Institution für die Verletzung verantwortlich ist (vgl. z. B. Urteile vom 1. Juni 1999, Konle, C-302/97, EU:C:1999:271, Rn. 62, vom 30. September 2003, Köbler, C-224/01, EU:C:2003:513, Rn. 31 bis 33, und vom 25. November 2010, Fuß, C-429/09, EU:C:2010:717, Rn. 46). Unabhängig davon, welche gesetzgeberischen oder verfassungsmäßigen Systeme ein Mitgliedstaat auch geschaffen hat, sowohl horizontal (Legislative – Exekutive – Judikative – und/oder andere zentrale Einrichtungen) oder vertikal, was auf seinem Staatsgebiet rechtlich durchsetzbar ist, fällt – ungeachtet der fraglichen Akteure – letztendlich in die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaats.“⁵⁵

Er misst eine tarifliche Regelung somit an der RL 2003/88/EG, weil der richtliniengebundene Staat die Tarifbestimmung für rechtlich durchsetzbar erklärt. Diese Argumentation erinnert stark an die im Bereich tariflicher Rechtsetzung in Deutschland überwundene Delegationstheorie. Diese Begründung hat der EuGH in seinem Urteil zur Rechtssache jedoch nicht aufgegriffen. Er grenzt sich sogar implizit vom Generalanwalt ab:

⁵² *EuGH*, Urteil v. 21. 6. 2012 – C-78/11 (ANGED), NZA 2012, 851 Rn. 24.

⁵³ *GA Bobek*, Schlussanträge v. 5. 9. 2018 – C-385/17 (Hein), BeckRS 2018, 20447 Rn. 31.

⁵⁴ *GA Bobek*, Schlussanträge v. 5. 9. 2018 – C-385/17 (Hein), BeckRS 2018, 20447 Rn. 30.

⁵⁵ *GA Bobek*, Schlussanträge v. 5. 9. 2018 – C-385/17 (Hein), BeckRS 2018, 20447 Fn. 8.

„Sodann ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2003/88 zwar, wie aus den Rn. 30 und 31 des vorliegenden Urteils hervorgeht, die Sozialpartner nicht daran hindert, durch einen auf nationalem Recht basierenden Tarifvertrag Regeln einzuführen, die allgemein zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer beitragen sollen, *die Durchführungsmodalitäten dieser Regeln* aber die sich aus der Richtlinie ergebenden Grenzen einhalten müssen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. März 2006, Robinson-Steele u. a., C-131/04 und C-257/04, EU:C:2006:177, Rn. 57).“⁵⁶

Nach Ansicht des EuGH müssen nicht die tariflichen Regeln selbst, sondern nur ihre „Durchführungsmodalitäten“ die Grenzen einhalten, die sich aus der Richtlinie ergeben. Die Unterscheidung zwischen tariflichen Regeln und ihren Durchführungsmodalitäten legt nahe, dass mit „Durchführungsmodalitäten“ staatliches Recht gemeint ist. Anders als der Generalanwalt vermeidet es der EuGH damit, sich dazu zu äußern, ob die Tarifvertragsparteien die Vorgaben der RL 2003/88/EG beachten müssen. Er beantwortet eine der Vorlagefragen schließlich mit der Aussage, dass Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG der nationalen tarifdispositiven *Gesetzesnorm* entgegensteht, die die weitreichende tarifliche Regelung ermöglicht.⁵⁷

8. Verhältnis der Tarifvertragsparteien zu weiteren Richtlinien

Schließlich gibt es noch drei Rechtssachen, die andere als die bislang genannten Richtlinien betreffen und in denen sich der EuGH zum Verhältnis von Richtlinien zu Tarifverträgen äußert.⁵⁸

In den der Rechtssache TSN zugrundeliegenden finnischen Verfahren verlangen zwei Arbeitnehmerinnen ein Entgelt, das nach den einschlägigen Tarifverträgen normalerweise während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlen ist. Die Arbeitgeber weigern sich, es zu zahlen, weil die Arbeitnehmerinnen mit dem Mutterschaftsurlaub einen unbezahlten Elternurlaub unterbrechen. In diesem Fall sollen die tarifvertraglichen Ansprüche nicht bestehen. Der EuGH äußert sich dazu wie folgt:

„Im Ergebnis wirkt sich eine Bedingung wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende dahin aus, dass eine Arbeitnehmerin davon abgehalten wird, sich für eine Inanspruchnahme des ihr zustehenden Elternurlaubs zu entscheiden, angesichts der Wirkung, die diese Entscheidung auf einen etwaigen Mutterschaftsurlaub während des Elternurlaubs haben könnte. Eine solche Bedingung beeinträchtigt mithin die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 96/34.“

Auf die Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass die *Richtlinie 96/34* dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Bestimmung, wie sie die in den Ausgangsverfahren fraglichen *Tarifverträge* vorsehen, *entgegensteht*, nach der eine schwangere Arbeitnehmerin, die einen unbezahlten Elternurlaub im Sinne dieser Richtlinie unterbricht, um mit sofortiger Wirkung Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85 zu nehmen, keinen Anspruch auf Fort-

⁵⁶ *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 42.

⁵⁷ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein), NZA 2019, 47 Rn. 53.

⁵⁸ Vgl. auch *EuGH*, Urteil v. 18.11.2020 – C-463/19 (Syndicat CFTC), juris Rn. 74.

zahlung des Entgelts hat, das ihr zugestanden hätte, wenn sie vor diesem Mutterschaftsurlaub ihre Arbeit zumindest für kurze Zeit wieder aufgenommen hätte.“⁵⁹

Der EuGH geht also davon aus, dass tarifvertragliche Regelungen die praktische Wirksamkeit der RL 96/34/EG beeinträchtigen können. Aus dieser Beeinträchtigung zieht er dann den Schluss, dass die Richtlinie Tarifverträgen entgegensteht, wie sie in den Ausgangsverfahren vorliegen.

In eine ähnliche Richtung geht die Entscheidung in der Rechtssache ÖGB/VÖBB.⁶⁰ In dem zugrundeliegenden Verfahren vor dem österreichischen Obersten Gerichtshof (OGH) geht es um eine tarifvertragliche Kinderzulage, die für Teilzeitkräfte entsprechend ihrer Arbeitszeit gekürzt wird. Ziel des Vorabentscheidungsverfahrens ist es, herauszufinden, ob die anteilige Kürzung der Kinderzulage unionsrechtswidrig ist.

Anders im Vergleich zur Rechtssache TSN ist aufgrund der Vorlagefrage des OGH⁶¹ allein der Blickwinkel: Anstatt negativ zu formulieren, dass eine Richtlinie einem Tarifvertrag entgegensteht, urteilt der EuGH, dass der in der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die in RL 97/81/EG inkorporiert ist, enthaltene Pro-rata-temporis-Grundsatz auf Tarifverträge anzuwenden ist:

„Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass § 4 Nr. 2 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit dahin auszulegen ist, dass der Pro-rata-temporis- Grundsatz auf die Berechnung der Höhe einer Kinderzulage anzuwenden ist, die der Arbeitgeber eines Teilzeitbeschäftigten auf Grund eines Kollektivvertrags wie des KVBB zahlt.“⁶²

Wie auch in anderen Entscheidungen steht in dem österreichischen Verfahren ein nationales Gesetz zur Verfügung, das als „Transmissionsriemen“ für die unionsrechtlichen Vorgaben hätte dienen können. § 19d Abs. 6 des österreichischen Arbeitszeitgesetzes (AZG) verbietet es, teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer wegen der Teilzeitbeschäftigung zu diskriminieren. In der Begründung der Vorlagefragen weist der OGH auf diese Norm hin, die „im Lichte der Judikatur des Gerichtshofs ausgelegt werden“ müsse, wenn die Aliquotierungsregelung unionsrechtswidrig sei.⁶³ Anders als es die erste Vorlagefrage vermuten lässt, hätte der OGH die tarifvertragliche Regelung also nicht bereits aufgrund der Richtlinienwidrigkeit, sondern wegen Verstoßes gegen richtlinienkonform auszulegendes zwingendes Recht für nichtig erklärt. In den Augen des OGH dient die Frage danach, ob die Tarifnorm gegen die Rahmenvereinbarung verstößt, also dazu, zu erfahren, ob er ein nationales Gesetz richtlinienkonform auslegen muss. Diese Feinheit geht

⁵⁹ *EuGH*, Urteil v. 13.2.2014 – C-512/11, C-513/11 (TSN), NZA 2014, 316 Rn. 51 f.; a. A. *GA'in Kokott*, Schlussanträge v. 21.2.2013 – C-512/11 (TSN), BeckEuRS 2013, 704371 Rn. 85.

⁶⁰ *EuGH*, Urteil v. 5.11.2014 – C-476/12 (ÖGB/VÖBB), NZA 2015, 170.

⁶¹ Vgl. *OGH*, Beschluss v. 13.9.2012 – 8 ObA 20/12t, ECLI:AT:OGH0002:2012:008OBA00020.12T.0913.000.

⁶² *EuGH*, Urteil v. 5.11.2014 – C-476/12 (ÖGB/VÖBB), NZA 2015, 170 Rn. 25.

⁶³ *OGH*, Beschluss v. 13.9.2012 – 8 ObA 20/12t, ECLI:AT:OGH0002:2012:008OBA00020.12T.0913.000 unter VII. 5.3.

zwar in der Vorlagefrage verloren. Jedoch sollte die Antwort des EuGH im Lichte der Vorlagebegründung interpretiert werden. Der EuGH äußert sich daher in der Rechtssache ÖGB/VÖBB aufgrund der unpräzisen Vorlagefrage gleichermaßen unpräzise zur richtlinienkonformen Auslegung des § 19d Abs. 6 AZG.

In der Rechtssache Fetico vermutete der EuGH schließlich, dass tarifvertraglicher Sonderurlaub teilweise „unter die RL 2010/18/EU“ falle, weil er vom Anwendungsbereich der inkorporierten Rahmenvereinbarung erfasst werde.⁶⁴

9. Zusammenfassung: Differenzierung bei Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien zwischen Richtlinien durch den EuGH

Der EuGH nimmt wohl je nach Richtlinie eine unterschiedlich intensive Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien an. Er geht davon aus, dass die Richtlinien 2003/88/EG, 96/34/EG, 97/81/EG und 76/207/EWG tarifvertraglichen Regelungen „entgegenstehen“ können. Mit dieser Formulierung bleibt unklar, ob der EuGH lediglich den Gerichten Vorgaben macht, wie sie nationale Gesetze, die die Tarifmacht begrenzen, richtlinienkonform auszulegen haben, oder ob er die Tarifvertragsparteien unmittelbar an Richtlinien bindet. Demgegenüber eindeutig ist die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2000/78/EG. Die Tarifvertragsparteien sollen diese Richtlinie „beachten“ müssen, wenn sie Maßnahmen treffen, die in Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Die Begründung des EuGH trägt dieses Ergebnis jedoch nicht.

II. BAG

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die Rechtsprechung des BAG zu den Richtlinien 2000/78/EG, 2003/88/EG und 1999/70/EG.

1. RL 2000/78/EG und die Tarifvertragsparteien

Die Rechtsprechung des BAG zum Einfluss der RL 2000/78/EG auf Tarifverträge kann in die Zeit vor Rosenblatt, nach Rosenblatt und vor Hennigs, sowie nach Hennigs unterteilt werden.

Im Jahr 2008, also vor Rosenblatt, erklärt das BAG in einem *obiter dictum*, dass eine Tarifnorm, die 53-jährige und ältere Arbeitnehmer für unkündbar erklärt, gegebenenfalls „gemeinschaftskonform einzuschränken“ sein könne, wenn sie in Konflikt mit RL 2000/78/EG oder dem Verbot der Altersdiskriminierung

⁶⁴ *EuGH*, Urteil v. 4.6.2020 - C-588/18 (Fetico), NZA 2020, 929 Rn. 39.

als allgemeinem Grundsatz des Gemeinschaftsrechts gerate.⁶⁵ In dem auf diese Aussage folgenden Klammerzusatz, der mit „näher dazu vgl.“ beginnt, verweist das BAG auf den Beitrag von Kiel im Kommentar von Ascheid/Preis/Schmidt.⁶⁶ Dort äußert sich Kiel indes nur dazu, eine Tarifnorm verfassungskonform zu beschränken. Er spricht zwar auch das Diskriminierungsverbot wegen des Alters an.⁶⁷ Das Diskriminierungsverbot soll aber nur über das AGG auf Tarifverträge einwirken. Von einer gemeinschaftskonformen Beschränkung ist nicht die Rede.

Etwas später im Jahr 2008 lässt es das BAG dahinstehen, ob eine vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2000/78/EG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifnorm dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unterfällt. Sie genüge sowohl dem Primärrecht als auch der RL 2000/78/EG.⁶⁸ Es lässt daher auch dahinstehen, ob sich die Wirksamkeit der Tarifnorm nach dem primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in Beschäftigung und Beruf oder „nach den für die Vorwirkung von Richtlinien geltenden Grundsätzen“ richtet. Mit Vorwirkung ist das Frustrationsverbot gemeint. Es richtet sich nach der Rechtsprechung des EuGH bislang nur an die Mitgliedstaaten, die im Umsetzungszeitraum keine Vorschriften erlassen dürfen, die geeignet sind, das Richtlinienziel ernstlich in Frage zu stellen.⁶⁹ Das BAG zieht dagegen in Betracht, dass das Frustrationsverbot einer Tarifnorm entgegenstehen kann. Ob die Tarifvertragsparteien selbst Adressat des Verbots sein sollen oder ob es nur die Mitgliedstaaten sind, die das Richtlinienziel im Umsetzungszeitraum auch gegenüber Tarifverträgen durchsetzen sollen, bleibt offen. In der Folge begründet das BAG jedenfalls, warum die Tarifnorm den Anforderungen der RL 2000/78/EG entspricht und überprüft dazu die Norm anhand der Richtlinie.⁷⁰

Mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Rosenblatt wird das BAG etwas „offensiver“ in seinen Formulierungen. In einem Urteil aus dem Jahr 2010 entscheidet es, dass eine tarifliche Altersgrenze im TVöD unionsrechtlich nicht zu beanstanden ist.⁷¹ Davon trennt es ausdrücklich die Frage, ob § 10 S. 3 Nr. 5 AGG unionsrechtskonform ist.⁷² Das BAG sieht sich aufgrund der Rechtssache Rosenblatt dazu gezwungen, die tarifliche Altersgrenze anhand von RL 2000/78/EG zu prüfen.⁷³ Es ist aber fraglich, ob daraus abgeleitet werden kann, dass das BAG von einer Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien ausgeht. In seinen Ausführungen zur Tarifvertragskontrolle anhand der Richtlinie bezieht sich das

⁶⁵ BAG, Urteil v. 5. 6. 2008 – 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120 Rn. 31.

⁶⁶ Es wird verwiesen auf APS/Kiel (3. Aufl. 2007), § 1 KSchG Rn. 705 f.

⁶⁷ APS/Kiel (3. Aufl. 2007), § 1 KSchG Rn. 707.

⁶⁸ BAG, Urteil v. 18. 6. 2008 – 7 AZR 116/07, NZA 2008, 1302 Rn. 28 = BAGE 127, 74.

⁶⁹ EuGH, Urteil v. 18. 2. 1997 – C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7435 Rn. 45 = EuZW 1998, 167.

⁷⁰ BAG, Urteil v. 18. 6. 2008 – 7 AZR 116/07, NZA 2008, 1302 Rn. 29 ff. = BAGE 127, 74.

⁷¹ BAG, Urteil v. 8. 12. 2010 – 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 Rn. 36 = BAGE 136, 270.

⁷² Vgl. BAG, Urteil v. 8. 12. 2010 – 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 Rn. 41 ff. = BAGE 136, 270.

⁷³ Vgl. BAG, Urteil v. 8. 12. 2010 – 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 Rn. 46 = BAGE 136, 270: „danach vorzunehmende“ Prüfung bezieht sich auf die *Rosenblatt*-Rechtsprechung, die in der vorangehenden Randnummer dargestellt wird.

BAG auf Randnummer 53 des Rosenblatt-Urteils. Dort begründet der EuGH diese Kontrolle mit Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG. Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG richtet sich an die Mitgliedstaaten und gibt ihnen unter anderem auf, Tarifverträge für nichtig zu erklären, die gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Da sich das BAG auf diese Randnummer und die „danach vorzunehmende weitere Prüfung der tariflichen Altersgrenzenregelung“⁷⁴ bezieht, liegt es nahe, dass das BAG allein die Mitgliedstaaten als Adressaten der RL 2000/78/EG ansieht und nicht zusätzlich auch die Tarifvertragsparteien, auch wenn es den Tarifvertrag auf Richtlinienkonformität überprüft.

Ähnlich geht das BAG in einem neun Monate später ergangenen Urteil vor.⁷⁵ Es stellt fest, dass eine tarifliche Altersgrenze zwar gegen §§ 7 Abs. 1, 1 AGG verstößt, die Ungleichbehandlung aber nach § 10 S. 3 Nr. 5 AGG zulässig ist. Weder § 10 S. 3 Nr. 5 AGG noch die Tarifnorm seien unionsrechtlich zu beanstanden.⁷⁶ In der Folge prüft das BAG die Unionsrechtskonformität von § 10 S. 3 Nr. 5 AGG⁷⁷ und der tariflichen Altersgrenze⁷⁸ wieder getrennt, ohne sich ausdrücklich zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien zu äußern.

Etwas weiter geht dagegen der Fünfte Senat jedenfalls in sprachlicher Hinsicht, nachdem der EuGH in Hennigs seine Rechtsprechung weiterentwickelt hat:

„Die RL 2000/78/EG trat schon am 2. 12. 2000 in Kraft und stellt in Art. 16 lit. b ausdrücklich klar, dass die Diskriminierungsverbote auch auf tarifvertragliche Bestimmungen Anwendung finden. Nach Art. 18 der RL 2000/78/EG war diese zudem spätestens zum 2. 12. 2006 in nationales Recht umzusetzen. Die Bekl. musste damit rechnen, dass tarifvertragliche Regelungen auch am Verbot der Altersdiskriminierung gemessen werden.“⁷⁹

Dieser Aussage schließt sich der Sechste Senat an und erklärt in einem Urteil:

„Nach Art. 16 Buchst. b der RL 2000/78/EG finden die Diskriminierungsverbote der Richtlinie auch auf tarifvertragliche Bestimmungen Anwendung (BAG, NZA 2015, 1059 Rn. 41). [...] Auch Tarifverträge haben dem Recht der Union und der RL 2000/78/EG zu entsprechen, denn das in Art. 28 GRCh proklamierte Recht auf Kollektivverhandlungen muss im Geltungsbereich des Unionsrechts im Einklang mit diesem ausgeübt werden (EuGH, NZA 2011, 1039 Rn. 46 f. – Prigge; EuGH, EuZW 2011, 883 Rn. 67 f. – Hennigs; EuGH, NZA 2011, 564 Rn. 43 – Kommission/Deutschland; BAG, NZA 2012, 754 Rn. 21).“⁸⁰

Nach Auffassung des Fünften und Sechsten Senats sind die Diskriminierungsverbote der RL 2000/78/EG also auf Tarifverträge anwendbar. Damit ist jedoch nicht zwingend gesagt, dass die beiden Senate Tarifverträge unmittelbar, ohne Umweg über das AGG an RL 2000/78/EG messen würden. Es ist auch denkbar,

⁷⁴ BAG, Urteil v. 8. 12. 2010 – 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 Rn. 46 = BAGE 136, 270.

⁷⁵ BAG, Urteil v. 21. 9. 2011 – 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271.

⁷⁶ BAG, Urteil v. 21. 9. 2011 – 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271 Rn. 24.

⁷⁷ BAG, Urteil v. 21. 9. 2011 – 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271 Rn. 28 ff.

⁷⁸ BAG, Urteil v. 21. 9. 2011 – 7 AZR 134/10, NZA 2012, 271 Rn. 31 ff.

⁷⁹ BAG, Urteil v. 25. 3. 2015 – 5 AZR 458/13, NZA 2015, 1059 Rn. 41.

⁸⁰ BAG, Urteil v. 18. 2. 2016 – 6 AZR 700/14, NZA 2016, 709 Rn. 27 = BAGE 154, 118.

ihre Aussagen dahingehend zu verstehen, dass es lediglich um den sachlichen Anwendungsbereich der RL 2000/78/EG geht: Auch Tarifverträge sind an den Gesetzen zu messen, die die Richtlinie umsetzen. Eine Aussage zum persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie muss mit den Ausführungen der Senate nicht zwingend verbunden sein.

Eine Aussage zum persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie trifft im Jahr 2018 hingegen der Neunte Senat, indem er die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien sprachlich aufgreift:

„Wenn die Sozialpartner Maßnahmen treffen, die in den Geltungsbereich der RL 2000/78/EG fallen, die für Beschäftigung und Beruf das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters konkretisiert, müssen sie daher unter Beachtung dieser Richtlinie vorgehen (EuGH, ECLI:EU: C:2011:573 = NZA 2011, 1039 = AP RL 2000/78/EG Nr. 23 Rn. 47 f. mwN – Prigge ua).“⁸¹

Die Senate äußern sich also unterschiedlich zum Verhältnis zwischen Tarifvertragsparteien und Richtlinien. Der Siebte Senat prüft zwar Tarifverträge anhand von Richtlinien. Daraus wird jedoch nicht ersichtlich, ob es Tarifvertragsparteien unmittelbar an Richtlinien gebunden sieht oder ob Richtlinien Tarifverträge nur über den Umweg richtlinienkonform auszulegender Gesetze beeinflussen können sollen. Nachdem der EuGH seine Rechtsprechung in der Rechtssache Hennigs weiterentwickelt hat, haben der Fünfte und Sechste Senat materiell dessen Vorgaben übernommen, ohne die Begrifflichkeiten des EuGH zu übernehmen. Als Argumente zieht das BAG Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG sowie die Urteile des EuGH heran. Die Formulierung des EuGH, dass die Tarifvertragsparteien die Richtlinie beachten müssen, hat schließlich der Neunte Senat übernommen.

Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG kann zwar erklären, dass Tarifverträge an dem Gesetz zu messen sind, das RL 2000/78/EG umsetzt, also am AGG. Aus der Norm geht allerdings nicht hervor, dass Richtlinien unmittelbar auf Tarifverträge anwendbar sind, da Adressat die Mitgliedstaaten und nicht die Tarifvertragsparteien sind. Insoweit überzeugt die Begründung des BAG also nicht.⁸² Dass auch die Begründungen des EuGH, auf die sich das BAG bezieht, nicht überzeugen, wurde bereits zuvor dargelegt.

2. RL 2003/88/EG und die Tarifvertragsparteien

Der unter anderem für das Urlaubsrecht zuständige Neunte Senat des BAG zeigt zu RL 2003/88/EG mehr Problembewusstsein als andere Senate in Entscheidungen zu RL 2000/78/EG. Das kann auch daran liegen, dass die Vorgaben des EuGH zu RL 2003/88/EG weniger weit reichen und damit dem BAG mehr Spielraum belassen als die Vorgaben zu RL 2000/78/EG.

⁸¹ BAG, Urteil v. 11. 12. 2018 – 9 AZR 161/18, NZA 2019, 634 Rn. 39.

⁸² So auch *Henssler/Kaiser*, RdA 2012, 248, 250.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 sieht der Neunte Senat den Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien als eingeschränkt an, wenn es um die Berechnungsmethode des Urlaubsentgelts geht.⁸³ Die Einschränkung entspricht den Vorgaben des EuGH zu Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG. Das BAG bietet jedoch §§ 3 Abs. 1, 11, 13 BurlG als „Scharnier“ an, um die Vorgaben des EuGH ins nationale Recht umzusetzen. Damit entnimmt das BAG zwar der Rechtsprechung des EuGH zu RL 2003/88/EG Anforderungen an Tarifverträge. Es nimmt aber den Umweg über das BurlG, um Tarifverträge an diesen Anforderungen zu messen.

Ein Jahr später wagt sich der Neunte Senat in gleicher Besetzung weiter vor und misst eine tarifliche Verfallsklausel unmittelbar an der RL 2003/88/EG.⁸⁴ Es versteht eine Äußerung des EuGH, wonach Art. 7 RL 2003/88/EG bestimmten „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten entgegensteht“ so, dass vom Begriff der „einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder [...] einzelstaatlichen Gepflogenheiten“ „insbesondere auch tarifvertragliche Regelungen“ erfasst werden.⁸⁵ Diese Aussage hat der EuGH, soweit ersichtlich, erst einige Monate später im Urteil zur Rechtssache KHS/Schulte getroffen.⁸⁶ Das BAG misst also eine Tarifnorm unmittelbar an der Richtlinie, äußert sich aber nicht direkt zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien.

Nachdem der Vorsitz im Neunten Senat wechselt und ein weiterer Richter neu in den Senat kommt, legt der Senat den Blick auf das Problem frei:

„Es kann dahinstehen, ob und gegebenenfalls inwieweit Tarifvertragsparteien beim Abschluss von Tarifverträgen an europäische Richtlinien i.S. des Art. 288 AEUV gebunden sind. Die Ausschlussfristenregelung des § 21 MTV steht in Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 11. 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. EU Nr. L 299 v. 18. 11. 2003, S. 9).“⁸⁷

Wie im zuvor dargestellten Urteil geht es auch in diesem Urteil darum, ob eine tarifliche Ausschlussfrist richtlinienkonform ist. Anders als zuvor liegt es nun aber nahe, dass der Senat Tarifnormen nur dann auf ihre Richtlinienkonformität überprüft, wenn Tarifvertragsparteien beim Abschluss des Tarifvertrags an Richtlinien gebunden sind. Ob das der Fall ist, kann der Senat dahinstehen lassen, weil er die Tarifnorm für richtlinienkonform erachtet.⁸⁸ Zum ersten Mal stellt ein Senat des BAG aber klar, dass offen ist, ob Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind.

In darauffolgenden Urteilen lässt es der Senat nicht mehr ausdrücklich dahinstehen, ob Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, sondern urteilt

⁸³ BAG, Urteil v. 21. 9. 2010 – 9 AZR 510/09, NZA 2011, 805 Rn. 19 = BAGE 135, 301.

⁸⁴ BAG, Urteil v. 9. 8. 2011 – 9 AZR 365/10, NZA 2011, 1421 Rn. 13 f. = BAGE 139, 1, 25 ff.

⁸⁵ BAG, Urteil v. 9. 8. 2011 – 9 AZR 365/10, NZA 2011, 1421 Rn. 26 = BAGE 139, 1.

⁸⁶ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 Rn. 44 = NZA 2011, 1100.

⁸⁷ BAG, Urteil v. 18. 9. 2012 – 9 AZR 1/11, NZA 2013, 216 Rn. 26.

⁸⁸ Vgl. BAG, Urteil v. 18. 9. 2012 – 9 AZR 1/11, NZA 2013, 216 Rn. 26 ff.

nur, dass die jeweilige Tarifnorm nicht gegen die Richtlinie verstößt.⁸⁹ Daraus, dass der Senat die Tarifnorm wieder direkt an der Richtlinie misst, ohne den einschränkenden ersten Satz des zuletzt aufgeführten Zitats vorwegzustellen, kann man indes nicht schließen, dass der Senat Tarifvertragsparteien als an Richtlinien gebunden ansieht. Nachdem der Senat im Jahr zuvor die Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien erstmals ausdrücklich als Problemstellung aufgeworfen hat, hätte er sich näher mit dem Problem auseinandergesetzt, wenn er sich dazu hätte positionieren wollen.

3. RL 1999/70/EG und die Tarifvertragsparteien

Zur Befristungsrichtlinie 1999/70/EG, die im Anhang die Rahmenvereinbarung (RV) der Sozialpartner enthält, urteilt der Siebte Senat des BAG, dass § 5 RV auch die Tarifvertragsparteien verpflichtet.⁹⁰ § 5 RV lautet:

„Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedstaaten nach der gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschriebenen oder in dem Mitgliedstaat üblichen Anhörung der Sozialpartner und/oder die Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen:

- a) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen;
- b) die insgesamt maximal zulässige Dauer aufeinanderfolgender Arbeitsverträge oder -verhältnisse;
- c) die zulässige Zahl der Verlängerungen solcher Verträge oder Verhältnisse.“

Es stimmt, dass sich § 5 RV auch an die Sozialpartner richtet – allerdings unter einer Voraussetzung: „wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen“. Möchte das BAG eine Verpflichtung der Tarifvertragsparteien aus § 5 RV annehmen, muss es darlegen, dass solche gesetzlichen Maßnahmen nicht bestehen. Das hat es im vorgestellten Urteil nicht getan.

Auf diesem Urteil baut möglicherweise die mehrfach bestätigte Rechtsprechung des BAG zu den Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG⁹¹ unausgesprochen auf. § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG ermöglicht es den Tarifvertragsparteien, von den gesetzlichen Beschränkungen der sachgrundlosen Befristung abzuweichen. Der Siebte Senat sieht die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gemäß § 14 Abs. 2 S. 3

⁸⁹ BAG, Urteil v. 10. 12. 2013 – 9 AZR 486/10, AP Nr. 101 zu § 7 BUrlG Rn. 10; BAG, Urteil v. 6. 5. 2014 – 9 AZR 758/12, AP Nr. 104 zu § 7 BUrlG Rn. 12.

⁹⁰ BAG, Urteil v. 9. 12. 2009 – 7 AZR 399/08, NZA 2010, 495 Rn. 32 = BAGE 132, 344.

⁹¹ BAG, Urteil v. 15. 8. 2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45 = BAGE 143, 10; BAG, Urteil v. 18. 3. 2015 – 7 AZR 272/13, NZA 2015, 821; BAG, Urteil v. 26. 10. 2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463 = BAGE 157, 141.

TzBfG als begrenzt an und führt das unter anderem auf das Unionsrecht zurück.⁹² Nähmen die Tarifvertragsparteien diese Regelungsbefugnis wahr, müssten sie das Ziel der Richtlinie beachten, den Missbrauch aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge zu verhindern.⁹³ Warum Tarifvertragsparteien das Ziel der Richtlinie beachten sollen, erklärt das BAG nicht. Eine denkbare Erklärung ist die Aussage zu § 5 RV aus dem zuvor genannten Urteil, der die Sozialpartner auffordert, Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung zu ergreifen. Einen anderen Anhaltspunkt bietet der der Aussage, dass Tarifvertragsparteien das Richtlinienziel beachten müssten, vorweggestellte Klammerinhalt. Vor der Klammer erklärt das BAG, dass die Tarifvertragsparteien die Höchstdauer und die Höchstanzahl von Verlängerungen abweichend vom Gesetz regeln können. Dazu weist das BAG in der Klammer „allgemein zur Regelungsbefugnis richtlinienumsetzenden Rechts durch die Sozialpartner“ auf zwei Urteile des EuGH hin. Das legt nahe, dass das BAG Tarifverträge, die die Befugnis gemäß § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG nutzen, als richtlinienumsetzendes Recht der Sozialpartner ansieht und die Sozialpartner an das Richtlinienziel gebunden sind, wenn sie die Richtlinie umsetzen.

Mit der Formulierung, dass die Tarifvertragsparteien das Richtlinienziel beachten müssen, taucht im Übrigen eine sprachliche Wendung auf, die der EuGH in ähnlicher Weise bislang nur zu RL 2000/78/EG verwendet. Zur Bindung der Tarifvertragsparteien an das Ziel der RL 1999/70/EG hat sich der EuGH bislang nicht geäußert. Der Siebte Senat geht also über die Rechtsprechung des EuGH hinaus, begründet das aber nur unzureichend. Er geht davon aus, dass die Tarifvertragsparteien das Ziel einer Richtlinie beachten müssen, wenn der Gesetzgeber eine richtlinienumsetzende Gesetzesnorm tarifdispositiv stellt und die Tarifvertragsparteien die Tarifdispositivität nutzen, um eine abweichende tarifliche Regelung zu vereinbaren. Indes ist unklar, ob das an § 5 RV liegt und RL 1999/70/EG somit ein Sonderfall ist oder ob das für alle Tarifverträge gilt, die von richtlinienumsetzenden tarifdispositiven Gesetzen abweichen.

4. Zusammenfassung: Keine einheitliche Linie am BAG

Das BAG spricht bei der Frage, ob Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, nicht mit einer Stimme. Der Fünfte und Sechste Senat gehen davon aus, dass die Diskriminierungsverbote der RL 2000/78/EG auf Tarifverträge anwendbar sind. Das begründen sie mit Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG und stützen sich auf die Rechtsprechung des EuGH. Der Neunte Senat geht darüber hinaus und erklärt,

⁹² BAG, Urteil v. 15. 8. 2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45 Rn. 29 ff. = BAGE 143, 10; BAG, Urteil v. 18. 3. 2015 – 7 AZR 272/13, NZA 2015, 821 Rn. 28 ff.; BAG, Urteil v. 26. 10. 2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463 Rn. 24 ff. = BAGE 157, 141.

⁹³ BAG, Urteil v. 15. 8. 2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45 Rn. 31 = BAGE 143, 10; BAG, Urteil v. 18. 3. 2015 – 7 AZR 272/13, NZA 2015, 821 Rn. 30; BAG, Urteil v. 26. 10. 2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463 Rn. 26 = BAGE 157, 141.

dass Tarifvertragsparteien die RL 2000/78/EG beachten müssten. Dagegen lässt er in einer anderen Entscheidung die Frage ausdrücklich offen, ob Tarifvertragsparteien beim Abschluss von Tarifverträgen an Richtlinien gebunden sind. Zur Befristungsrichtlinie 1999/70/EG urteilt schließlich der Siebte Senat, dass die Tarifvertragsparteien das Ziel der Richtlinie beachten müssen, ohne das näher zu begründen.

III. Deutsches Schrifttum

Das deutsche Schrifttum spricht sich weit überwiegend gegen eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien aus. Gegen die Richtlinienbindung wird vor allem angeführt, dass Art. 288 Abs. 3 AEUV nur den Staat verpflichte.⁹⁴ Tarifverträge dagegen seien Vereinbarungen unter Privaten.⁹⁵ Zwar verstehe der EuGH den Begriff Mitgliedstaat i. S. d. Art. 288 Abs. 3 AEUV weit. Jedoch erfüllten die Tarifvertragsparteien auch die Anforderungen des weiten Mitgliedstaatsbegriffs nicht.⁹⁶ Die Ablehnung einer Richtlinienbindung wird ferner auf die Rechtsprechung des EuGH zur horizontalen Richtlinienwirkung gestützt. Eine solche Richtlinienwirkung lehnt der EuGH ab.⁹⁷ Daraus wird geschlussfolgert, dass private Tarifvertragsparteien nicht an Richtlinien gebunden sind.⁹⁸ Im Übrigen sollen die nationalen Tarifvertragsparteien selbst dann nicht an eine Richtlinie gebunden sein, wenn die Richtlinie auf einer Sozialpartnervereinbarung basiert, weil die europäischen Sozialpartner nicht ermächtigt seien, die nationalen Sozialpartner zu verpflichten.⁹⁹

Demgegenüber wird für eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien¹⁰⁰ vorgebracht, dass diese ähnlich dem staatlichen Gesetzgeber handelten, da sie am Vertragsschluss Unbeteiligte verpflichten könnten.¹⁰¹ Die effektive Durchsetzung des Unionsrechts sei durch einen Tarifvertrag daher weitaus stärker gefährdet als

⁹⁴ *Schliemann*, in: FS Hanau, S. 577, 581; *Wißmann*, in: FS Bepler, S. 649, 655 f.; *JKOS/Krause*, § 1 Rn. 172; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 607; vgl. *Klump*, NZA 2005, 848, 853; vgl. *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 122; vgl. *Thüsing*, ZIP 2004, 2301, 2304; vgl. *Kempen/Zachert/Kocher* TVG, Grundl. Rn. 409; vgl. *NK-GA/Frieling*, § 1 TVG Rn. 81; vgl. *Däubler/Schiek*, Einl. Rn. 549; vgl. *HMB/Bepler*, Teil 3 Rn. 149.

⁹⁵ *Klump*, NZA 2005, 848, 853; *Kaiser*, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, S. 91, 93.

⁹⁶ *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 122 ff.

⁹⁷ Siehe dazu 1. Teil 1. Kapitel C. IV. (S. 43 ff.).

⁹⁸ *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 276 f.; *Däubler/Schiek*, Einl. Rn. 549; vgl. *Schaub*, in: FS Wißmann, S. 578, 583.

⁹⁹ *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 607.

¹⁰⁰ Vgl. *EuArbR/Mohr*, Art. 16 RL 2000/78/EG Rn. 10, der sich der Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien anschließt.

¹⁰¹ *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 119, die eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien aber für „problematisch“ erachtet, vgl. S. 127.

durch einen schuldrechtlichen Vertrag.¹⁰² Der *effet utile* spreche folglich dafür, dass Tarifvertragsparteien stärker als andere Privatrechtssubjekte an das Unionsrecht gebunden seien. Mithilfe des *effet utile* könne auch der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV überwunden werden.¹⁰³

Teilweise wird auch vertreten, dass die Tarifvertragsparteien an Richtlinienvorgaben gebunden seien, wenn sie Richtlinie umsetzten.¹⁰⁴ Das soll zum einen gelten, wenn die Mitgliedstaaten es den Tarifvertragsparteien gemäß Art. 153 Abs. 3 AEUV übertragen, eine Richtlinie durchzuführen.¹⁰⁵ Zum anderen sollen Tarifvertragsparteien richtlinienkonforme tarifliche Regelungen vereinbaren müssen, wenn sie in richtlinienunterlegten Regelungsbereichen Vereinbarungen treffen.¹⁰⁶

IV. Zusammenfassung zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien in Rechtsprechung und deutschem Schrifttum

Der EuGH geht davon aus, dass Tarifvertragsparteien die RL 2000/78/EG beachten müssen, wenn sie Maßnahmen treffen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Das begründet der EuGH jedoch nicht überzeugend. In Bezug auf die Richtlinien 2003/88/EG, 96/34/EG und 76/207/EWG formuliert er zurückhaltender, dass Vorschriften dieser Richtlinien tarifvertraglichen Regelungen entgegenstehen könnten.

Am BAG gibt es keine einheitliche Linie zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien. Die Diskriminierungsverbote der RL 2000/78/EG sollen auf Tarifverträge anwendbar sein. Tarifvertragsparteien sollen diese Verbote beachten müssen. Auch das Ziel der RL 1999/70/EG sollen die Tarifvertragsparteien beachten müssen. Schließlich lässt es auch ein Senat ausdrücklich offen, ob Tarifvertragsparteien beim Tarifvertragsschluss an Richtlinien gebunden sind.

Das deutsche Schrifttum lehnt überwiegend eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien ab, weil Art. 288 Abs. 3 AEUV nur die Mitgliedstaaten verpflichte. Jedoch wird die Richtlinienbindung teilweise auch generell oder für den Fall befürwortet, dass Tarifvertragsparteien Umsetzungsmaßnahmen treffen.

¹⁰² Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 118.

¹⁰³ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 125, bei der offenbleibt, ob mit „den Wortlaut überwinden können“ eine rechtliche Wertung zum „überwinden dürfen“ verbunden ist oder ob sie allein über das mögliche tatsächliche Vorgehen des EuGH mutmaßt.

¹⁰⁴ NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59; für RL 1999/70/EG Kamanabrou, AP Nr. 147 zu § 14 TzBfG unter III. 2.

¹⁰⁵ NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59.

¹⁰⁶ NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59.

B. Abgrenzung privater Tarifvertragsparteien von staatlichen Tarifvertragsparteien

Geht es um die Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien, darf ein Gesichtspunkt nicht außen vor bleiben, der kurz thematisiert werden soll: Ist eine Tarifvertragspartei dem richtliniengebundenen Mitgliedstaat zuzuordnen und wie ist die Abgrenzung vorzunehmen? Auch in den nachfolgenden Abschnitten wird zwischen privaten (unter C.) und staatlichen Tarifvertragsparteien (unter D.) differenziert.

Es steht dem Staat grundsätzlich frei, sich privatrechtlicher Organisationsformen zu bedienen. Daher kommt es für die Zuordnung einer Tarifvertragspartei zum Mitgliedstaat auch nicht auf die Organisationsform der Tarifvertragspartei an. Entscheidend ist, wer hinter der Organisation steht – ob Private oder der Staat. Staatliche Tarifvertragsparteien findet man nur auf Arbeitgeberseite. Darunter sind zunächst öffentlich-rechtlich organisierte Arbeitgeber zu verstehen. Hinzu treten privatrechtlich organisierte Arbeitgeber, die überwiegend in Staatshand sind. Daneben fallen unter den Begriff der staatlichen Tarifvertragspartei auch Arbeitgeberverbände, in denen überwiegend öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen Mitglied sind oder privatrechtlich organisierte Unternehmen, die überwiegend in Staatshand sind.

Zu den privaten Tarifvertragsparteien zählen Gewerkschaften. Außerdem sind Unternehmen sowie Arbeitgeberverbände, die überwiegend in nichtstaatlicher Hand sind bzw. überwiegend nichtstaatliche Mitglieder haben, private Tarifvertragsparteien.

Interessenvertretungen, die auf einer Zwangsmitgliedschaft ihrer Mitglieder beruhen und die zudem Tarifverträge abschließen können, werden nachfolgend ausgeblendet, da es sie in Deutschland aktuell nicht gibt. Kraft Gesetzes errichtete Arbeitnehmerkammern etwa sind keine Koalitionen i. S. d. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, da sich ihre Mitglieder nicht freiwillig zusammenschließen. Daher sind Arbeitnehmerkammern in Deutschland derzeit nicht tariffähig.¹⁰⁷

C. Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien als unzulässige Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV

Weder der EuGH noch das BAG vermögen zu begründen, warum *private* Tarifvertragsparteien¹⁰⁸ an Richtlinien gebunden sein sollen. Ausgangspunkt einer tragfähigen Begründung oder Ablehnung der Richtlinienbindung muss die Norm sein,

¹⁰⁷ Wiedemann/Oetker, § 2 TVG Rn. 395, der es aber für zulässig und erwägenswert hält, Arbeitnehmerkammern unter bestimmten Umständen die Tariffähigkeit zu verleihen.

¹⁰⁸ Zu staatlichen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden als Tarifvertragsparteien siehe 2. Teil 2. Kapitel D. (S. 195 f.).

die die staatlichen Institutionen an Richtlinien bindet – Art. 288 Abs. 3 AEUV. Mit dem Hinweis auf ihren Wortlaut, der nur die Mitgliedstaaten adressiert, lehnt das deutsche Schrifttum eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien überwiegend ab. Doch das ist zu kurz gegriffen, da das Schrifttum auf die Möglichkeit, Art. 288 Abs. 3 AEUV fortzubilden, nicht eingeht.

I. Begriff der Richtlinienbindung

Spricht man davon, dass die Mitgliedstaaten an Richtlinien gebunden sind, ist damit vor allem gemeint, dass sie die Richtlinien in nationales Recht umsetzen müssen. Eine solche Bindung privater Tarifvertragsparteien kommt nur dann in Betracht, wenn die Mitgliedstaaten gemäß Art. 153 Abs. 3 AEUV es den Tarifvertragsparteien übertragen haben, die Richtlinie umzusetzen.

Kehrseite der den Staat treffenden Umsetzungspflicht ist die Pflicht, richtlinienwidrige Handlungen zu unterlassen. Der Staat darf, nachdem die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, keine Regelungen setzen oder Maßnahmen ergreifen, die einer Richtlinie zuwiderlaufen. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist ähnelt das Frustrationsverbot, das auf die jeweilige Richtlinie, Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV gestützt wird, dieser Pflicht.¹⁰⁹ Nach Ablauf der Umsetzungsfrist erübrigt sich der Rückgriff auf die „Auffangnorm“ Art. 4 Abs. 3 EUV, da mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist die sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebende Pflicht „fällig“ geworden ist. Ist nachfolgend von Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien die Rede, geht es um die soeben beschriebene Unterlassungspflicht.¹¹⁰ Ergibt also die Auslegung oder Rechtsfortbildung, dass private Tarifvertragsparteien richtlinienwidrige Maßnahmen unterlassen müssen, nachdem die Umsetzungsfrist einer Richtlinie abgelaufen ist?

II. Keine allgemeine Richtlinienbindung nach Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV

Unterscheidet man bei der Rechtsfindung im Primärrecht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung¹¹¹, ist im ersten Schritt zu untersuchen, ob bereits eine Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV ergibt, dass private Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind.

Dabei muss die Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV vom Wortlaut der Norm ausgehen:

¹⁰⁹ Siehe 1. Teil 1. Kapitel B. (S. 39 f.).

¹¹⁰ Vgl. dazu bereits 2. Teil 2. Kapitel A. I. 6. (S. 158 f.).

¹¹¹ Dazu 1. Teil 4. Kapitel D. (S. 120 ff.).

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

Die Richtlinie ist also für jeden Mitgliedstaat verbindlich, an den sie gerichtet ist. Zum Mitgliedstaat gehören auch seine innerstaatlichen Stellen, also seine Organe und Untergliederungen, wie die zweite Satzhälfte verdeutlicht. Private Tarifvertragsparteien sind somit nur dann nach dem Wortlaut an Richtlinien gebunden, wenn sie zum Mitgliedstaat i. S. d. Art. 288 Abs. 3 AEUV gehören.¹¹²

Nach dem weiten Staatsbegriff des EuGH aus der Rechtssache Foster gehören Organisationen oder Einrichtungen zum Staat, wenn sie „dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privaten gelten“¹¹³.

In nachfolgenden Entscheidungen urteilte der EuGH, dass Richtlinien unmittelbar gegenüber Einrichtungen geltend gemacht werden können, „die unabhängig von ihrer Rechtsform kraft staatlichen Rechtsakts unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse“ erbringen „und die hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet“ sind, „die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen“¹¹⁴. In der Folge diskutierte das Schrifttum darüber, ob die beiden in Foster genannten Voraussetzungen – (1) dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen, (2) mit besonderen Rechten ausgestattet sein – nunmehr kumulativ zu erfüllen sind, weil der EuGH die Voraussetzungen mit einem „und“ statt einem „oder“ verknüpfte.¹¹⁵

Bereits die Art und Weise, wie der EuGH das Urteil Foster in den nachfolgenden Entscheidungen in Bezug nahm, sprach indes dafür, dass die Voraussetzungen nicht kumulativ erfüllt sein müssen: In Foster geht der EuGH in Randnummer 18 des Urteils davon aus, dass beide Voraussetzungen in einem Alternativverhält-

¹¹² Zur alleinigen Richtlinienbindung der Mitgliedstaaten und fehlenden Richtlinienbindung von Privaten siehe 2. Teil 4. Kapitel A.IV. 1. (S. 253 ff.).

¹¹³ *EuGH*, Urteil v. 12. 7. 1990 – C-188/89 (Foster), Slg. 1990, I-3343 Rn. 18 = NJW 1991, 3086; ebenso *EuGH*, Urteil v. 4. 12. 1997 – C-253/96 bis 258/96 (Kampelmann), Slg. 1997, I-6923 Rn. 46 = NZA 1998, 137.

¹¹⁴ *EuGH*, Urteil v. 19. 4. 2007 – C-356/05 (Farrell I), Slg. 2007, I-3039 Rn. 40 = NJW 2007, 2029, Hervorhebung durch Verfasser; *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 39; *EuGH*, Urteil v. 12. 12. 2013 – C-361/12 (Carratù), NZA 2014, 79 Rn. 29; vgl. *EuGH*, Urteil v. 14. 9. 2000 – C-343/98 (Collino), Slg. 2000, I-6691 Rn. 23 = NZA 2000, 1279. Hervorhebung durch Verfasser.

¹¹⁵ Von kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen gehen *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 36 und *HWK/Tillmanns*, Vor AEUV Rn. 16 aus; siehe dagegen von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 45 und *Rörig*, Direktwirkung von Richtlinien, S. 52 f.; nach *Grief*, E.L. Rev. 16 (1991), 136, 143 ist bereits im Urteil *Foster* unklar, ob die Voraussetzungen alternativ oder kumulativ erfüllt sein müssen; zur Rechtsprechungsentwicklung *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 122 ff.

nis stehen.¹¹⁶ In der Subsumtion in Randnummer 20 erklärt er, dass „jedenfalls“ gegenüber einem Rechtssubjekt, das beide Voraussetzungen erfüllt, Richtlinien unmittelbar wirken können.¹¹⁷ Die Folgeentscheidungen beziehen sich dann nicht mehr auf die vom EuGH in Randnummer 18 des Foster-Urteils genannten Voraussetzungen, sondern stützen sich auf die „jedenfalls-Subsumtion“ in Randnummer 20.¹¹⁸

Im Urteil zur Rechtssache Farrell II stellt der EuGH dann klar, dass die Voraussetzungen aus Foster alternativ und nicht kumulativ erfüllt sein müssen:

„Auf der Grundlage dieser Erwägungen hat der Gerichtshof anerkannt, dass sich die Einzelnen auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie nicht nur gegenüber einem Mitgliedstaat und allen Trägern seiner Verwaltung wie den dezentralen Stellen berufen können (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Juni 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, Rn. 31), sondern auch – wie im Rahmen der Antwort auf die erste Frage ausgeführt – gegenüber Organisationen oder Einrichtungen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über diejenigen hinausgehen, die nach den Vorschriften für die Beziehungen zwischen Privatpersonen gelten (Urteile vom 12. Juli 1990, Foster u. a., C-188/89, EU:C:1990:313, Rn. 18, und vom 4. Dezember 1997, Kampelmann u. a., C-253/96 bis C-258/96, EU:C:1997:585, Rn. 46).

Solche Organisationen oder Einrichtungen unterscheiden sich von Privatpersonen und sind dem Staat gleichzustellen, entweder weil sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, die zum Staat im weiteren Sinne gehören, oder weil sie einer öffentlichen Stelle oder deren Aufsicht unterstehen oder weil sie von einer solchen Stelle mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut sind und hierzu mit den genannten besonderen Rechten ausgestattet wurden.“¹¹⁹

„Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 288 AEUV dahin auszulegen ist, dass er als solcher nicht ausschließt, dass einer Einrichtung, die nicht alle in den Rn. 18 und 20 des Urteils vom 12. Juli 1990, Foster u. a. (C-188/89, ECLI:EU:C:1990:313), genannten Eigenschaften aufweist, die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen einer Richtlinie entgegengehalten werden können.“¹²⁰

Es gibt also drei Situationen, in denen der EuGH Organisationen oder Einrichtungen dem Staat zurechnet: Er rechnet sie dem Staat zu, wenn sie (1.) juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, die zum Staat im weiteren Sinne gehören, wenn sie (2.) einer öffentlichen Stelle oder deren Aufsicht unterstehen, oder wenn sie (3.) eine öffentliche Stelle mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut und sie hierzu mit besonderen Rechten ausstattet.¹²¹

¹¹⁶ *EuGH*, Urteil v. 12. 7. 1990 – C-188/89 (Foster), Slg. 1990, I-3343 Rn. 18 = NJW 1991, 3086.

¹¹⁷ *EuGH*, Urteil v. 12. 7. 1990 – C-188/89 (Foster), Slg. 1990, I-3343 Rn. 20 = NJW 1991, 3086.

¹¹⁸ *EuGH*, Urteil v. 19. 4. 2007 – C-356/05 (Farrell I), Slg. 2007, I-3039 Rn. 40 = NJW 2007, 2029; *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 39; *EuGH*, Urteil v. 12. 12. 2013 – C-361/12 (Carratù), NZA 2014, 79 Rn. 29.

¹¹⁹ *EuGH*, Urteil v. 10. 10. 2017 – C-413/15 (Farrell II), BeckRS 2017, 127274 Rn. 33 f.

¹²⁰ *EuGH*, Urteil v. 10. 10. 2017 – C-413/15 (Farrell II), BeckRS 2017, 127274 Rn. 29.

¹²¹ Vgl. auch *EuGH*, Urteil v. 7. 8. 2018 – C-122/17 (David Smith), RIW 2018, 674 Rn. 45.

Private Tarifvertragsparteien sind weder juristische Personen des öffentlichen Rechts noch unterstehen sie einer öffentlichen Stelle oder deren Aufsicht. Sie unterliegen allein der „Aufsicht“ durch ihre Mitglieder.

Ob private Tarifvertragsparteien mit besonderen Rechten i. S. d. EuGH-Rechtsprechung ausgestattet sind, ist unklar.¹²² Dass Tarifvertragsparteien mit besonderen Rechten ausgestattet sind, liegt in Mitgliedstaaten wie Belgien, Frankreich oder Österreich jedenfalls näher, in denen die Tarifgeltung anders als grundsätzlich in Deutschland allein von der Tarifgebundenheit des Arbeitgebers abhängt.¹²³ Versteht man die Befugnis, Betriebsnormen gemäß § 3 Abs. 2 TVG zu vereinbaren, als nicht privatautonom legitimierte Rechtsetzungsmacht gegenüber Außensternern¹²⁴, und beschränkt die Norm nicht verfassungskonform¹²⁵, mag man in § 3 Abs. 2 BetrVG zwar „besondere Rechte“ i. S. d. EuGH-Rechtsprechung erblicken. Es reicht jedoch nicht aus, dass eine Organisation über „besondere Rechte“ verfügt, um sie nach Ansicht des EuGH dem Mitgliedstaat zuzuordnen. Darüber hinaus muss eine staatliche Stelle die Organisation damit betraut haben, eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen. Es ist bereits zweifelhaft, ob private Tarifvertragsparteien eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe erfüllen¹²⁶, weil sie Aufgaben erfüllen, die vor allem im Interesse ihrer Mitglieder liegen. Die Mitglieder ermächtigen eine Tarifvertragspartei, ihre Interessen gegenüber dem „sozialen Gegenspieler“ zu vertreten. Es ist zwar zuzugeben, dass der Abschluss von Tarifverträgen auch für den Staat positive Nebeneffekte hat, wie etwa die Ordnung des Arbeitslebens oder die Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit im Geltungsbereich eines Tarifvertrags.¹²⁷ Allerdings sind das keine „Aufgaben“, mit deren Erfüllung der Staat private Tarifvertragsparteien „betraut“ hat.¹²⁸ Dass die Tarifvertragsparteien im Geltungsbereich eines Tarifvertrags etwa das Arbeitsleben ordnen sowie für Verteilungsgerechtigkeit sorgen, ist nicht *Aufgabe* der Tarifvertragsparteien, sondern *Wirkung* ihres Handelns.¹²⁹ Über die Aufgaben

¹²² Vgl. *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 123, die in §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG „besondere Rechte“ i. S. d. Staatsbegriffs des EuGH erkennt.

¹²³ Für Belgien *Dopheide*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, S. 140, 153; für Frankreich *dies.*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, S. 180, 195; für Österreich *Georges*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, S. 249, 255.

¹²⁴ So etwa BAG, Urteil v. 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 Rn. 37 = BAGE 136, 237.

¹²⁵ Dafür etwa *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 458 ff. und Wiedemann-Jacobs, Einl. Rn. 378.

¹²⁶ Dafür BVerfG, Urteil v. 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a. (Mitbestimmungsgesetz), BVerfGE 50, 290, 369 = NJW 1979, 699; BVerfG, Beschluss v. 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224 = NJW 2007, 51; BVerfG (K), Beschluss v. 1. 12. 2010 – 1 BvR 2593/09, NZA 2011, 60 Rn. 23.

¹²⁷ Dazu Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 70 ff.

¹²⁸ Vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 241, dem zufolge Koalitionen „nicht im öffentlichen Auftrag Staatsfunktionen im engeren Sinne wahrnehmen“.

¹²⁹ Dazu Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 70 ff., 80 ff.; gegen eine Ordnungsfunktion des Tarifvertrags *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 48 ff.; vgl. JKOS/Krause, § 1 Rn. 25 ff.

einer privaten Tarifvertragspartei entscheiden die jeweiligen Mitglieder und nicht der Staat. Daneben mögen *Tarifverträge* bestimmte Funktionen erfüllen wie die Befriedungsfunktion.¹³⁰ Das heißt jedoch nicht, dass den *Tarifvertragsparteien* die *Aufgabe* übertragen ist, das Arbeitsleben zu befrieden. Eine Aufgabe impliziert eine Pflicht, etwas zu tun. Tarifvertragsparteien sind jedoch nicht verpflichtet, Tarifverträge abzuschließen. Da die Befriedung des Arbeitslebens aber an den Abschluss eines Tarifvertrags geknüpft ist, zu dem die Tarifvertragsparteien nicht verpflichtet sind, kann auch nicht davon gesprochen werden, dass Tarifvertragsparteien die Aufgabe hätten, das Arbeitsleben zu befrieden. Solange es Tarifvertragsparteien freisteht, Tarifverträge abzuschließen, haben sie nicht die Aufgabe, das Arbeitsleben zu befrieden.

Auch die Möglichkeit, Tarifverträge gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich zu erklären, führt nicht dazu, dass Tarifvertragsparteien „Aufgaben“ im öffentlichen Interesse erfüllen. § 5 TVG verpflichtet die Tarifvertragsparteien nicht dazu, Tarifverträge abzuschließen, die das Bundesministerium anschließend für allgemeinverbindlich erklären kann. Die Norm setzt an einem späteren Zeitpunkt an. Es bleibt den Tarifvertragsparteien überlassen, ob sie einen Tarifvertrag abschließen. Erst wenn sie einen Tarifvertrag abgeschlossen und einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt haben, wird das in § 5 TVG geregelte Verfahren in Gang gesetzt, sodass die Tarifvertragsgeltung im öffentlichen Interesse erstreckt werden kann.

Selbst wenn man annimmt, dass private Tarifvertragsparteien Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen, hat sie jedenfalls in Deutschland der Gesetzgeber nicht damit „betraut“, die „Aufgabe“ zu erfüllen. Das würde einen Übertragungsakt des Staates voraussetzen, den es in Deutschland nicht gibt. Insbesondere ist im TVG kein solcher Übertragungsakt zu sehen. Das TVG bietet den Tarifvertragsparteien den Rahmen, ihre Tarifautonomie zu entfalten, ohne das mit der Verpflichtung zu verknüpfen, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben zu erfüllen. Insbesondere verpflichtet § 5 TVG die Tarifvertragsparteien nicht dazu, Tarifverträge abzuschließen, deren Geltung die Exekutive erstrecken kann.

Private Tarifvertragsparteien unterfallen also nicht dem weit verstandenen Mitgliedstaatsbegriff des EuGH und sind damit – dessen Verständnis zugrunde gelegt – nicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden.

Dieses Ergebnis, bei dem der Maßstab des EuGH zugrunde gelegt wird, überzeugt. Die Begriffe „Mitgliedstaat“ und „innerstaatliche Stellen“ sind nicht so eng zu verstehen, dass nur staatliche Organe gemeint sind. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Rechtssubjekt dem Staat *zuzurechnen* ist.

¹³⁰ BVerfG, Beschluss v. 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 248 = NJW 1982, 815; Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 87 ff.

Dem Staat stehen grundsätzlich viele Handlungsformen zur Verfügung. Er kann sich neben öffentlich-rechtlicher auch privatrechtlicher Handlungsformen bedienen. Für die Richtlinienbindung kann es aber nicht darauf ankommen, welche Handlungsform der Staat wählt. Ansonsten könnte er seine Richtlinienbindung teilweise abstreifen, indem er beispielsweise die „Flucht ins Privatrecht“ antritt: Richtlinienbestimmungen wirken nach herrschender Auffassung unmittelbar gegenüber einem Ministerium als Teil der Exekutive, wenn die vom EuGH entwickelten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein Arbeitnehmer kann sich somit, wenn ein Ministerium ihn beschäftigt, in bestimmten Konstellationen gegenüber dem Ministerium unmittelbar auf Richtlinienbestimmungen berufen. Wären z. B. privatrechtlich organisierte Unternehmen, die zu 100 % in staatlicher Hand sind, nicht auch an Richtlinien gebunden, könnte sich die Exekutive teilweise ihrer Richtlinienbindung entledigen, indem sie Aufgaben in solche Unternehmen auslagert. Sie müsste Richtlinienbestimmungen dann nicht mehr unmittelbar gegen sich gelten lassen.

Maßgeblich kann daher kein eng verstandener Mitgliedstaatsbegriff sein. Es ist unerheblich, in welchem „Gewand“ der Staat auftritt. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Rechtssubjekt dem Staat zuzurechnen ist. Bei der Zurechnung ist im Hinterkopf zu behalten, dass der in Art. 288 AEUV angelegte Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien umso mehr eingeebnet wird, je weitreichender man Rechtssubjekte dem Staat zuordnet.

Für die Zurechnung kommt es darauf an, ob hinter dem Handeln eines Rechtssubjekts der Staat steht oder ob ein Privater handelt. Können die Handlungen des Rechtssubjekts auf eine staatliche Stelle zurückgeführt werden, ist es dem „Mitgliedstaat“ zuzurechnen. Gleiches gilt, wenn das Rechtssubjekt staatliche Macht wahrnimmt. Beides ist jedoch bei privaten Tarifvertragsparteien in Deutschland nicht der Fall. Sie sind allein den Interessen ihrer Mitglieder und anders als der Staat nicht dem Gemeinwohl verpflichtet.¹³¹ Ihr Handeln ist mitgliedschaftlich und nicht staatlich legitimiert. Auch nehmen sie keine staatlich delegierte Macht wahr. Private Tarifvertragsparteien sind daher nicht dem „Mitgliedstaat“ zuzurechnen.

Ein Normverständnis, nach dem private Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, liegt somit jenseits des möglichen Wortsinns in der deutschen Sprachfassung und damit im Bereich der Rechtsfortbildung. Die Auslegung muss zwar auch die anderen Sprachfassungen berücksichtigen, die gleichermaßen verbindlich sind. Bedeutungsunterschiede bestehen jedoch zwischen den verschiedenen Sprachversionen nicht, soweit es möglich ist, diese Unterschiede mit Hilfe von Wörterbüchern herauszuarbeiten. Nach allen Sprachversionen sind die *Mitgliedstaaten* an die Richtlinien gebunden und den *nationalen Stellen* oder *Behörden* wird es überlassen, Form und Mittel zu wählen.

¹³¹ Zur fehlenden Gemeinwohlbindung der Tarifvertragsparteien *Höpfner*, Tariftgeltung, S. 241; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 236; *Seiwerth*, RdA 2017, 373; *Wiedemann/Jacobs*, Einl. Rn. 528; a. A. *Wiedemann/Wiedemann* (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 343.

III. Keine allgemeine Richtlinienbindung durch Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV

Gelangt man im Wege der Auslegung nicht zu einer allgemeinen Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien, ist im zweiten Schritt eine mögliche Rechtsfortbildung zu untersuchen. Dafür kommt es darauf an, ob das Unionsrecht lückenhaft ist. Ist das Unionsrecht planwidrig unvollständig, weil private Tarifvertragsparteien nach dem möglichen Wortsinn des Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht an Richtlinien gebunden sind?

Die Unvollständigkeit des Unionsrechts ergibt sich bereits daraus, dass das Unionsrecht private Tarifvertragsparteien nicht ausdrücklich an Richtlinien bindet. Näher ist dagegen auf die Frage einzugehen, ob es gemessen an der Unionsrechtsordnung auch planwidrig ist, dass die Regelung fehlt. Dafür sind die hinter dem Unionsrecht stehenden Wertungen zu betrachten.

1. Systematik spricht gegen Planwidrigkeit

Anhaltspunkte für die hinter dem Unionsrecht stehenden Wertungen ergeben sich zunächst aus der Systematik.

a) Vergleich zwischen Art. 288 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV

Ein Vergleich von Art. 288 Abs. 2 AEUV mit Art. 288 Abs. 3 AEUV spricht dafür, dass die fehlende Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien dem Plan des Unionsrechts entspricht. Mit der Verordnung sieht Art. 288 Abs. 2 AEUV bereits ein Rechtsetzungsinstrument vor, das Private und damit auch private Tarifvertragsparteien bindet, ohne dass ein Umsetzungsakt erforderlich ist. Wären auch Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden, gerät man bedenklich nah an eine allgemeine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung, die der EuGH richtigerweise in ständiger Rechtsprechung ablehnt.¹³² Um den Unterschied zwischen Richtlinie und Verordnung nicht gänzlich einzuebnen, müsste begründet werden, warum eine private Tarifvertragspartei, aber nicht jedweder Private an Richtlinien gebunden sein soll.

¹³² Siehe dazu 1. Teil 1. Kapitel C. IV. (S. 43 ff.) sowie 2. Teil 4. Kapitel A. IV. 1. (S. 253 ff.) ausführlich zur Grenze der Richtlinienwirkung gegenüber Privaten.

b) Mitwirkung der Sozialpartner an der Rechtsetzung im Sozialen Dialog

Private Tarifvertragsparteien unterscheiden sich insofern von „gewöhnlichen“ Privaten, als dass sie als Sozialpartner gemäß Art. 154, 155 AEUV an der Rechtsetzung auf Unionsebene mitwirken können. Das haben sie etwa im Befristungsrecht getan.¹³³ Sie stehen dem Rechtsetzungsvorgang auf Unionsebene also wesentlich näher als „gewöhnliche“ Private, da sie an hoheitlichen Aufgaben mitwirken. Möglicherweise reicht diese Mitwirkung aus, um zu begründen, dass es dem Plan des Unionsrechts widerspricht, dass private nationale Tarifvertragsparteien nicht ausdrücklich an Art. 288 Abs. 3 AEUV gebunden sind. Dafür kommt es auf die Rechtsähnlichkeit des geregelten Falls – Richtlinienbindung der Mitgliedstaaten – und des unregulierten Falls – Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien – an. Eine solche Ähnlichkeit besteht, wenn private Tarifvertragsparteien in einer Weise an der Rechtsetzung teilnehmen, die der der Mitgliedstaaten so sehr ähnelt, dass die fehlende Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien einen Bruch im System bedeutet.

Bevor das untersucht werden kann, ist jedoch in Grundzügen darzustellen, wie der Soziale Dialog ausgestaltet ist.¹³⁴

aa) Überblick über den Sozialen Dialog

Die Sozialpartner können auf unterschiedliche Weise am Rechtsetzungsprozess auf Unionsebene mitwirken. Gemäß Art. 154 AEUV stehen ihnen Anhörungsrechte zu. Art. 155 AEUV normiert, wie Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern durchgeführt werden können, sodass den Vereinbarungen Breitenwirkung zukommt.

Die Sozialpartner, die am Sozialen Dialog mitwirken, sind nicht identisch mit den nationalen Sozialpartnern.¹³⁵ Mit Sozialpartnern sind in den Art. 154, 155 AEUV vor allem europäische Vereinigungen gemeint, deren Mitglieder nationale Sozialpartner sind.¹³⁶ Neben ihnen sollen auch genuin europäische Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände beteiligt werden können.¹³⁷ Welche genauen Anforderungen die Sozialpartner erfüllen müssen, damit sie am Sozialen Dialog teilnehmen dürfen, ist offen¹³⁸, für die nachfolgende Betrachtung aber unerheblich.

¹³³ RL 1999/70/EG inkorporiert eine Rahmenvereinbarung von EGB, UNICE und CEEP.

¹³⁴ Ausführlich zum Sozialen Dialog etwa *Spieß*, Sozialer Dialog, S. 41 ff.

¹³⁵ Calliess/Ruffert/Krepper, Art. 154 AEUV Rn. 8; vgl. *EG-Kommission*, KOM(93)600 endg., S. 13.

¹³⁶ Die Kommission beschränkt den Sozialpartnerbegriff „grundsätzlich“ auf Vereinigungen auf europäischer Ebene, deren Mitglieder nationale Verbände sind, *EG-Kommission*, KOM(93)600 endg., S. 2, 13.

¹³⁷ Calliess/Ruffert/Krepper, Art. 154 AEUV Rn. 18.

¹³⁸ Vgl. für einen Überblick etwa Calliess/Ruffert/Krepper, Art. 154 AEUV Rn. 12 ff.; vgl. etwa *EuG*, Urteil v. 17. 6. 1998 – T-135/96 (UEAPME), AP Nr. 1 zu EWG-Richtlinie Nr. 96/34

Das Anhörungsrecht der Sozialpartner ist zweistufig ausgestaltet. Bevor die Kommission, der grundsätzlich das alleinige Initiativrecht für Gesetzgebungsvorhaben auf Unionsebene zukommt, einen Vorschlag für einen Rechtsakt im Bereich der Sozialpolitik unterbreitet, muss sie gemäß Art. 154 Abs. 2 AEUV die Sozialpartner zur Ausrichtung der möglichen Unionsaktion anhören. Möchte die Kommission das Vorhaben weiterverfolgen, muss sie die Sozialpartner anschließend zum Inhalt des in Aussicht genommenen Vorschlags anhören, Art. 154 Abs. 3 AEUV. Bei beiden Anhörungen können die Sozialpartner der Kommission gemäß Art. 154 Abs. 4 AEUV mitteilen, dass sie den Rechtsetzungsvorgang an sich ziehen wollen. Ihnen bleiben dann neun Monate, um eine Vereinbarung gemäß Art. 155 AEUV zu schließen, Art. 154 Abs. 4 S. 2 AEUV.

Die Sozialpartner auf Unionsebene können selbstverständlich auch außerhalb des im Vertrag normierten Sozialen Dialogs schuldrechtliche Verträge miteinander schließen.¹³⁹ Die Besonderheit des Art. 155 AEUV liegt daher in dessen Absatz 2: der „Durchführung“ von Vereinbarungen, die nicht notwendigerweise im formellen Sozialen Dialog gemäß Art. 154, 155 Abs. 1 AEUV geschlossen worden sein müssen. Dabei kann die Durchführung sowohl auf der nationalen Ebene durch die nationalen Sozialpartner und Mitgliedstaaten erfolgen als auch auf Unionsebene durch einen Beschluss des Rates auf Vorschlag der Kommission. Art. 155 AEUV gibt den europäischen Sozialpartnern also die Möglichkeit, Rechtsakte der Union, insbesondere Richtlinien inhaltlich zu gestalten. Die Gestaltungsmacht beschränkt sich jedoch auf den Inhalt und erstreckt sich nicht auf das „Ob“ einer Regelung. Soll die Vereinbarung auf nationaler Ebene durchgeführt werden, sind die Mitgliedstaaten oder nationalen Sozialpartner nicht zur Durchführung verpflichtet.¹⁴⁰ Das gleiche gilt für die Durchführung auf Unionsebene: Kommission und Rat können entscheiden, dass sie das Vorhaben nicht weiterverfolgen möchten.¹⁴¹ Allein wenn Kommission und Rat es weiterverfolgen möchten, sind sie an den Inhalt der

Rn. 90, das eine Gesamtrepräsentativität der beteiligten Sozialpartner fordert; ausführlich zur Repräsentativität *Spieß*, Sozialer Dialog, S. 224 ff.

¹³⁹ Diese Form des Sozialen Dialogs wird als informeller Sozialer Dialog bezeichnet, vgl. etwa *Pitz*, ZEuS 2017, 235, 236 oder *Calliess/Ruffert/Krebber*, Art. 154 AEUV Rn. 3.

¹⁴⁰ *Konzen*, EuZW 1995, 39, 47; *Spieß*, Sozialer Dialog, S. 90 ff.; *Calliess/Ruffert/Krebber*, Art. 155 AEUV Rn. 21; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 447; in Bezug auf die Mitgliedstaaten *Birk*, EuZW 1997, 453, 458; vgl. dagegen *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 258 f., nach dem die Mitgliedstaaten nicht zur Durchführung verpflichtet sind, die nationalen Sozialpartner, die Mitglied der vereinbarungsschließenden Sozialpartnerorganisation sind, hingegen schon, S. 259 ff.

¹⁴¹ *Konzen*, EuZW 1995, 39, 47; *Birk*, EuZW 1997, 453, 459; *Calliess/Ruffert/Krebber*, Art. 154 AEUV Rn. 26 f.; vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 463, die jedoch auch auf den Rechtfertigungsdruck verweisen, wenn der Rat die Durchführung verweigert; a. A. *Spieß*, Sozialer Dialog, S. 258 ff., die der Kommission nur ein auf rechtliche Gründe beschränktes Ablehnungsrecht, dem Rat hingegen auch ein politisches Ablehnungsrecht zugesteht, wenn der Ablehnung sachliche Erwägungen zugrunde liegen, S. 261 ff.; ähnlich *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 292 ff.

Vereinbarung gebunden.¹⁴² Daneben steht es der Kommission jedoch frei, das von den Sozialpartnern vorbereitete Rechtsetzungsvorhaben zu stoppen und ein neues Vorhaben mit inhaltlichen Änderungen einzuleiten.¹⁴³

bb) Keine einem Mitgliedstaat vergleichbare Rolle im Rechtsetzungsverfahren

Damit es planwidrig ist, dass private Tarifvertragsparteien nicht an Richtlinien gebunden sind, muss die Rolle der privaten Tarifvertragsparteien im europäischen Rechtsetzungsprozess der Rolle der Mitgliedstaaten hinreichend ähnlich sein.

Blickt man auf die Rollen der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten, liegt es nahe, die Mitwirkung nationaler Tarifvertragsparteien in europäischen Sozialpartnervereinigungen im Rahmen des Sozialen Dialogs mit der Mitwirkung der nationalen Exekutive im Rat zu vergleichen. Nationale Tarifvertragsparteien sind wie die nationalen Exekutiven Teil einer größeren Institution, die am Rechtsetzungsverfahren teilnimmt. Es bestehen jedoch auch erhebliche Unterschiede zwischen der Rolle privater Tarifvertragsparteien und nationaler Exekutiven im Rechtsetzungsverfahren, sodass die fehlende Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien im Ergebnis nicht planwidrig ist. Im Rat sind alle Mitgliedstaaten beteiligt, die eine Richtlinie binden kann. Im Sozialen Dialog hingegen ist es fast ausgeschlossen, dass alle nationalen Tarifvertragsparteien über den „Umweg“ europäischer Sozialpartnervereinigungen beteiligt sind, obwohl für sie alle eine Richtlinie gelten würde, wenn man eine Richtlinienbindung aller privater Tarifvertragsparteien annähme.

Die Richtlinienbindung nur auf die privaten Tarifvertragsparteien zu begrenzen, die Mitglied der vereinbarungsschließenden europäischen Sozialpartner sind, lässt sich auch nicht überzeugend begründen, da der Einfluss nationaler Sozialpartner auf die europäische Sozialpartnervereinbarung indirekter ist als der der mitgliedstaatlichen Exekutiven auf Unionsrechtsakte. Während jede nationale Exekutive im Rat am Rechtsetzungsprozess mitwirkt, ist das in europäischen Sozialpartnervereinigungen nicht für jeden nationalen Sozialpartner der Fall. Der Europäische Gewerkschaftsbund etwa bildet Delegationen für Verhandlungen mit der Arbeitgeberseite. Jede Mitgliedsvereinigung entscheidet zwar im Exekutivkomitee darüber mit, wer in die Delegation gewählt wird, sowie darüber, ob eine von der Delegation geschlossene Vereinbarung angenommen wird, Art. 13, 14 EGB-Verfassung.¹⁴⁴ An der Verhandlung selbst wirken aber nur die Delegationsmitglieder mit.

¹⁴² Konzen, EuZW 1995, 39, 47; Spieß, Sozialer Dialog, S. 264 ff.; Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 295; Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 154 AEUV Rn. 26; Löwisch/Rieble, TVG, Grundl. Rn. 448; vgl. Arnold, NZA 2002, 1261, 1262.

¹⁴³ Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 155 AEUV Rn. 26; vgl. EG-Kommission, KOM(93)600 endg., S. 17; vgl. Löwisch/Rieble, TVG, Grundl. Rn. 464.

¹⁴⁴ ETUC, ETUC Constitution (zum EGB-Kongress im Jahr 2015 veröffentlichte Fassung).

Davon abgesehen spricht entscheidend gegen eine ähnliche Rolle von nationalen Tarifvertragsparteien und nationalen Exekutiven im Rechtsetzungsverfahren, dass die Mitgliedstaaten als Ratsmitglieder über ein „Letztentscheidungsrecht“ verfügen. Ohne dass der Rat zustimmt, kann ein Rechtsakt nicht erlassen werden, vgl. Art. 294 AEUV. Ein vergleichbares Recht steht den europäischen Sozialpartnern nicht zu. Sie können allenfalls ein Rechtsetzungsverfahren verzögern, indem sie das Verfahren für neun Monate gemäß Art. 154 Abs. 4 AEUV an sich ziehen. Jedoch haben sie keinen Einfluss darauf, dass ein Rechtsakt auf dem Gebiet der Sozialpolitik erlassen wird. Vielmehr beschränkt sich ihr Einfluss auf ein Initiativrecht¹⁴⁵, da Kommission und Rat zwar inhaltlich an den Entwurf der Sozialpartner gebunden sind, ihn aber auch ablehnen und ein neues Verfahren einleiten können. Die Rolle nationaler Tarifvertragsparteien ist also wesentlich schwächer ausgestaltet als die nationaler Exekutiven im Rat. Da sich die Funktionen nationaler privater Tarifvertragsparteien und nationaler Exekutiven im europäischen Rechtsetzungsverfahren erheblich unterscheiden, besteht in dieser Hinsicht keine Rechtsähnlichkeit zwischen dem geregelten und ungeregelten Fall.

Gewisse Ähnlichkeiten bestehen hingegen zwischen der Rolle der europäischen Sozialpartner und der Kommission. Beide verfügen über ein Initiativrecht für Rechtsetzungsvorhaben, aber nicht über ein „Letztentscheidungsrecht“. Aus dieser Ähnlichkeit auf eine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien zu schließen, scheidet jedoch gleich aus mehreren Gründen aus. Zum einen ist die Kommission als Unionsorgan nicht selbst an Richtlinien gebunden, da Richtlinien nur an Mitgliedstaaten gerichtet sind.¹⁴⁶ Zum anderen ist die Machtposition der Sozialpartner schwächer als die der Kommission im Rechtsetzungsprozess. Während sich die Sozialpartner mit zumindest einer Vereinigung der „Gegenseite“ einigen müssen, besteht ein solcher Einigungszwang nicht für die Kommission, um ein Rechtsetzungsvorhaben einzuleiten.

Mit der Mitwirkung der Sozialpartner an der europäischen Rechtsetzung im Sozialen Dialog lässt sich also nicht begründen, dass die fehlende Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien planwidrig ist. Es besteht keine hinreichende Ähnlichkeit zu staatlichen, an Richtlinien gebundenen Organen, die es rechtfertigen würde, die Richtlinienbindung im Wege der Analogie auf private Tarifvertragsparteien zu erstrecken.

¹⁴⁵ Vgl. *Arnold*, NZA 2002, 1261, 1268, nach dem die Sozialpartnervereinbarungen „nicht mehr als bloße Anregungen“ für die Unionsorgane sind; zustimmend *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 457.

¹⁴⁶ *EuGH*, Urteil v. 9. 9. 2003 – C-25/02 (Rinke), Slg. 2003, I-8373 Rn. 24 = BeckEuRS 2003, 278078; *EuG*, Urteil v. 21. 9. 2011 – T-325/09 P (Adjemian), BeckRS 2013, 81878 Rn. 51.

*c) Kein Verstoß gegen Diskriminierungsverbot
bei fehlender Richtlinienbindung*

Für die unmittelbare Horizontalwirkung von Richtlinien wird teilweise das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot angeführt.¹⁴⁷ Ohne unmittelbare Horizontalwirkung würden Rechtssubjekte unterschiedlich behandelt, je nachdem ob sie in einer rechtlichen Beziehung zu einem Einzelnen oder zu einer Einrichtung stünden, die einem Mitgliedstaat zuzurechnen sei. Diese Beobachtung ist zutreffend. Einzelne werden im Übrigen ebenso ungleich behandelt, wenn Tarifvertragsparteien nicht richtliniengebunden sind. Gegenüber staatlichen Tarifvertragsparteien könnten sich Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar auf Richtlinienbestimmungen berufen, gegenüber privaten Tarifvertragsparteien hingegen nicht.

Während die Beobachtung zutrifft, dass es zu einer unterschiedlichen Behandlung kommt, überzeugt der daraus gezogene Schluss nicht. Es ist auf das Regelungskonzept des Art. 288 AEUV zurückzuführen, dass Rechtssubjekte unterschiedlich behandelt werden, je nachdem ob sie in einem rechtlichen Verhältnis mit einer Einrichtung stehen, die dem Staat zuzurechnen oder nicht zuzurechnen ist. Art. 288 Abs. 3 AEUV differenziert eben zwischen der rechtlichen Bindung von Mitgliedstaaten und von anderen Rechtssubjekten. Dieses Regelungskonzept kann nicht mit einem Hinweis auf ein rechtliches Verbot überspielt werden, das auf gleicher Rangebene wie Art. 288 AEUV steht. Auch das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot spricht somit nicht für eine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien.

d) Zwischenergebnis

Die aus der Systematik der Unionsrechtsordnung abgeleiteten Wertungen sprechen nicht für eine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien. Der Vergleich von Art. 288 Abs. 2 und 3 AEUV spricht sogar gegen eine Richtlinienbindung.

2. Teleologische Erwägungen

Möglicherweise ergibt sich jedoch aus Zweckerwägungen, dass die fehlende ausdrückliche Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien planwidrig ist. Dafür muss begründet werden, warum private Tarifvertragsparteien einerseits dem Staat so nahestehen, dass sie an Richtlinien gebunden sein sollen. Andererseits ist zu

¹⁴⁷ *GA Lenz*, Schlussanträge v. 9. 2. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 51 = BeckEuRS 1994, 203820; vgl. *GA Jacobs*, Schlussanträge v. 27. 1. 1994 – C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-765 Rn. 21 = BeckEuRS 1994, 204069.

begründen, wie sich private Tarifvertragsparteien von „gewöhnlichen“ Privaten unterscheiden, die selbst nicht an Richtlinien gebunden sind.

In Betracht kommen dafür zwei Ansätze: Der EuGH wendet sowohl das Entgelt-diskriminierungsverbot aus Art. 157 Abs. 1 AEUV als auch die Grundfreiheiten auf kollektive Regelungen im Arbeitsbereich an und begründet das mit teleologischen Erwägungen. Es wird daher darauf eingegangen, ob die Begründung des EuGH auch auf das Verhältnis privater Tarifvertragsparteien zu Richtlinien übertragbar ist. Außerdem kann man auf die Rolle der Tarifvertragsparteien gegenüber ihren Mitgliedern blicken, die ähnlich der des Gesetzgebers gegenüber den Bürgern zu sein scheint.

*a) Effektivität des Art. 288 Abs. 3 AEUV – Übertragbarkeit
der Argumentation zur Anwendbarkeit des Entgeltdiskriminierungsverbots
und der Niederlassungsfreiheit auf Tarifverträge?*

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Art. 157 Abs. 1 AEUV und seine Vorgängernormen ein Entgeltdiskriminierungsverbot enthalten, das unmittelbar wirkt, sodass auch Tarifverträge an ihm zu messen sind.¹⁴⁸ Die Norm richtet sich jedoch nach ihrem Wortlaut ausschließlich an die Mitgliedstaaten. Diese stellen „die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher“. Der EuGH wendet also eine nach dem Wortlaut ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtete Regelung auch auf Tarifverträge an. Dabei drängt sich eine Parallele zur Frage auf, ob die nach ihrem Wortlaut ausschließlich an Mitgliedstaaten gerichtete Norm Art. 288 Abs. 3 AEUV auch private Tarifvertragsparteien erfasst. Wie begründet der EuGH die unmittelbare Wirkung des Art. 157 Abs. 1 AEUV und lässt sich die Begründung auf das Verhältnis privater Tarifvertragsparteien zu Art. 288 Abs. 3 AEUV übertragen?

Im Jahr 1976 erklärt der EuGH in seinem Urteil zur Rechtssache Defrenne II, dass Art. 119 EWGV (heute Art. 157 AEUV) unmittelbar in Privatrechtsverhältnissen wirkt. Er erkennt an, dass die Norm nur die Mitgliedstaaten anspricht.¹⁴⁹ Das schließe jedoch nicht aus, dass die Norm auch Privaten Rechte verleihe. Vielmehr dürfe die Wirksamkeit des Art. 119 EWGV „nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass einige Mitgliedstaaten die ihnen vom Vertrag auferlegte Verpflichtung nicht erfüllt haben und dass die Gemeinschaftsorgane gegen diese Untätig-

¹⁴⁸ *EuGH*, Urteil v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 456 = BeckEuRS 1976, 53615; vgl. *EuGH*, Urteil v. 27.3.1980 – Rs. 129/79 (Macarthys), Slg. 1980, 1276 Rn. 10 = NJW 1980, 2014; vgl. *EuGH*, Urteil v. 31.3.1981 – Rs. 96/80 (Jenkins), Slg. 1981, 912 Rn. 17 = NJW 1981, 2639; *EuGH*, Urteil v. 17.9.2002 – C-320/00 (Lawrence), Slg. 2002, I-7345 Rn. 12 f. = NZA 2002, 1144.

¹⁴⁹ *EuGH*, Urteil v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 456 Rn. 30 = BeckEuRS 1976, 53615.

keit nicht mit der erforderlichen Schärfe eingeschritten sind“¹⁵⁰. Der EuGH erkennt also ein mögliches Wirksamkeitsdefizit des Art. 119 EWGV. Das sieht er darin, dass manche Mitgliedstaaten ihrer primärrechtlichen Pflicht, den Grundsatz der Entgeltgleichheit anzuwenden, möglicherweise nicht nachkommen, ohne dass die Gemeinschaftsorgane das sanktionieren würde. Wegen dieses potentiellen Effektivitätsdefizits wendet er Art. 119 EWGV über den Wortlaut hinausgehend auf Tarifverträge an. In späteren Entscheidungen begründet der EuGH nicht mehr, warum die Norm unmittelbar zwischen Privaten anwendbar sein soll, sondern verweist nur auf die Rechtssache Defrenne II.¹⁵¹

Neben Art. 157 Abs. 1 AEUV misst der EuGH Tarifverträge auch an der Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹⁵² Zwar richtet sich Art. 45 AEUV anders als Art. 157 Abs. 1 AEUV nicht ausdrücklich nur an die Mitgliedstaaten. Es ergibt sich jedoch auch nicht aus dem Wortlaut von Art. 45 AEUV, dass er auf Tarifverträge anwendbar ist.¹⁵³

Erstmals führt der EuGH im Urteil zur Rechtssache Walrave aus, dass die damals noch in Art. 48 EWGV geregelte Arbeitnehmerfreizügigkeit auf „eine kollektive Regelung im Arbeitsbereich“ anwendbar ist.¹⁵⁴ Dafür führt er zwei Argumente an. Zum einen wäre das primärrechtliche Ziel gefährdet, Hindernisse für den freien Personenverkehr zu beseitigen, wenn die Beseitigung staatlicher Schranken in ihrer Wirkung aufgehoben würde, indem privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichteten. Zum anderen sei die einheitliche Anwendung des Verbots aus Art. 48 EWGV gefährdet, wenn es nicht auf Tarifverträge anzuwenden sei, weil die Arbeitsbedingungen in manchen Mitgliedstaaten staatlich und in anderen privatrechtlich geregelt seien.

Seine Rechtsprechung aus Walrave setzt der EuGH in der Rechtssache Bosman fort.¹⁵⁵ Er „erinnert“ an die Aussagen im Urteil Walrave zur Anwendbarkeit der

¹⁵⁰ *EuGH*, Urteil v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 456 Rn. 30 = BeckEuRS 1976, 53615.

¹⁵¹ *EuGH*, Urteil v. 27.3.1980 – Rs. 129/79 (Macarthy), Slg. 1980, 1276 Rn. 10 = NJW 1980, 2639; *EuGH*, Urteil v. 31.3.1981 – Rs. 96/80 (Jenkins), Slg. 1981, 912 Rn. 17 = NJW 1981, 2639; *EuGH*, 27.6.1990 v. 27.6.1990 – C-33/89 (Kowalska), Slg. 1990, I-2607 Rn. 12 = NZA 1990, 771; *EuGH*, Urteil v. 31.5.1995 – C-400/93 (Specialarbejderforbundet i Danmark), Slg. 1995, I-1295 Rn. 45 = BeckEuRS 1995, 207658; *EuGH*, Urteil v. 17.9.2002 – C-320/00 (Lawrence), Slg. 2002, I-7345 Rn. 17 = NZA 2002, 1144.

¹⁵² *EuGH*, Urteil v. 12.12.1974 – Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, 1406 Rn. 16 = NJW 1975, 1093; *EuGH*, Urteil v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-5040 Rn. 82 = NZA 1996, 191; *EuGH*, Urteil v. 13.4.2000 – C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2714 Rn. 35 = NZA 2000, 645; *EuGH*, Urteil v. 17.7.2008 – C-94/07 (Ranccanelli), Slg. 2008, I-5939 Rn. 43 f. = NZA 2008, 995; *EuGH*, Urteil v. 16.3.2010 – C-325/08 (Olympique Lyonnais), Slg. 2010, I-2196 Rn. 30 f. = NZA 2010, 346; *EuGH*, Urteil v. 10.3.2011 – C-379/09 (Casteels), Slg. 2011, I-1405 Rn. 19 f. = NZA 2011, 561.

¹⁵³ Vgl. dazu aber Art. 7 Abs. 4 VO 492/2011/EU.

¹⁵⁴ *EuGH*, Urteil v. 12.12.1974 – Rs. 36/74 (Walrave), Slg. 1974, 1406 Rn. 16 = NJW 1975, 1093.

¹⁵⁵ *EuGH*, Urteil v. 15.12.1995 – C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-5040 Rn. 82 ff. = NZA 1996, 191.

Arbeitnehmerfreizügigkeit auf „Vorschriften [...], die zur kollektiven Regelung unselbständiger Arbeit dienen“, indem er die Aussagen aus Walrave wiederholt.¹⁵⁶ In zwei Folgeentscheidungen stützt sich der EuGH nur noch auf das Argument, dass das Ziel, Freizügigkeitshindernisse zu beseitigen, gefährdet wäre, wenn Vereinigungen, die dem öffentlichen Recht nicht unterliegen, solche Hindernisse im Rahmen ihrer rechtlichen Autonomie setzen könnten.¹⁵⁷ In der späteren Entscheidung *Olympique Lyonnais* argumentiert der EuGH hingegen nur damit, dass die Arbeitsbedingungen in manchen Mitgliedstaaten staatlich, in anderen tarifvertraglich geregelt seien. Die Verbote aus Art. 45 AEUV sollen daher auf Tarifverträge anzuwenden sein, um eine einheitliche Anwendung der Verbote zu gewährleisten.¹⁵⁸ Zuletzt begründete der EuGH seine Rechtsprechung gar nicht mehr und verwies als Begründungersatz auf die bisherige Rechtsprechung.¹⁵⁹ Mittlerweile handelt es sich also um eine ständige Rechtsprechung des EuGH.

Auch wenn sich der EuGH nicht ausdrücklich auf den *effet utile* beruft, liegt dieser Gedanke seinen Entscheidungen doch zugrunde. Es geht ihm darum, dass die Verbote aus Art. 45 AEUV effektiv sind.¹⁶⁰ Die Effektivität der Verbote sieht er als bedroht an, weil es neben den Mitgliedstaaten nichtstaatliche Akteure gibt, die der Arbeitnehmerfreizügigkeit widersprechende Regelungen vereinbaren können. Zum Gedanken der Effektivität gesellt sich der Gedanke, dass das Unionsrecht in den Mitgliedstaaten gleichmäßig anzuwenden sein, d. h. gleich effektiv wirken soll, obwohl sich die Art und Weise unterscheidet, wie die Arbeitsbeziehungen in den Mitgliedstaaten geregelt sind.

Mit Hilfe des Effektivitätsgedankens, der hinter der Rechtsprechung zum Verhältnis von Art. 45, 157 AEUV zu Tarifverträgen steht, kann jedoch nicht begründet werden, dass Art. 288 Abs. 3 AEUV planwidrig private Tarifvertragsparteien nicht erfasst. Das gilt auch, wenn man die Prämisse akzeptiert, dass das Unionsrecht nach dem ihm zugrundeliegenden Plan effektiv sein soll. Effektivitätsdefizite

¹⁵⁶ *EuGH*, Urteil v. 15. 12. 1995 – C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-5040 Rn. 82 ff. = NZA 1996, 191.

¹⁵⁷ *EuGH*, Urteil v. 13. 4. 2000 – C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, I-2714 Rn. 35 = NZA 2000, 645; *EuGH*, Urteil v. 17. 7. 2008 – C-94/07 (Ranccanelli), Slg. 2008, I-5939 Rn. 44 = NZA 2008, 995.

¹⁵⁸ *EuGH*, Urteil v. 16. 3. 2010 – C-325/08 (*Olympique Lyonnais*), Slg. 2010, I-2196 Rn. 31 = NZA 2010, 346.

¹⁵⁹ *EuGH*, Urteil v. 10. 3. 2011 – C-379/09 (Casteels), Slg. 2011, I-1405 Rn. 19 f. = NZA 2011, 561.

¹⁶⁰ Vgl. auch Art. 7 Abs. 4 VO 492/2011/EU, der auf sekundärrechtlicher Ebene die Nichtigkeit von „Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Kündigungsbedingungen“ anordnet, „soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen“. Wegen Art. 7 Abs. 4 VO 492/2011/EU wird es oft entbehrlich sein, auf die unmittelbare Horizontalwirkung des Art. 45 AEUV zurückzugreifen. Vgl. dagegen die besondere Konstellation in *EuGH*, Urteil v. 6. 6. 2000 – C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139 Rn. 26 ff. = NZA-RR 2001, 20, wo der damals geltende Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68/EWG nicht einschlägig war.

begründen, wenn man diese Prämisse zugrunde legt, Lücken, die durch Rechtsfortbildung zu schließen sind.

Zunächst sind zwei Ebenen zu unterscheiden: die Ebene der primärrechtlichen Umsetzungspflicht und diejenige der sekundärrechtlichen Richtlinien. Das Primärrecht in Form des Art. 288 Abs. 3 AEUV ist insofern effektiv, als dass es jeden Mitgliedstaat, an den eine Richtlinie gerichtet ist, verpflichtet, die Richtlinie umzusetzen. Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen nicht. Allenfalls können Unterschiede auf Ebene des Sekundärrechts bestehen. Aber auch eine einzelne Richtlinie ist effektiv, wenn Tarifvertragsparteien nicht an Art. 288 Abs. 3 AEUV gebunden sind, weil Tarifvertragsparteien bereits an die nationalen Umsetzungsgesetze gebunden sind. Wenn die Mitgliedstaaten die Richtlinie umgesetzt haben, werden die Ziele einer Richtlinie also erreicht. Dann ist es unerheblich, dass es neben staatlichen auch nichtstaatliche kollektive Regelungen gibt. Unterschiedliche Schutzniveaus zwischen den Mitgliedstaaten bestehen ebenfalls nicht, weil es keine Rolle spielt, wie die Arbeitsbeziehungen im Mitgliedstaat geregelt werden, solange private Tarifvertragsparteien jedenfalls an die Umsetzungsgesetze gebunden sind. Einzelne Richtlinien sind nur dann im Arbeitsleben nicht effektiv, wenn ein Mitgliedstaat sie nicht oder nicht ordnungsgemäß umsetzt. Es gibt damit bei Richtlinien einen engen Bereich, in dem sie potentiell nicht effektiv sind. Möchte man mit diesem potentiellen Effektivitätsdefizit eine Lücke begründen, darf im Wege der Rechtsfortbildung aber nur diese Lücke geschlossen und nicht darüber hinausgegangen werden. Für eine weitergehende Rechtsprechung fehlt der Judikative die Kompetenz. Tarifvertragsparteien durch Rechtsfortbildung an jedwede Richtlinie zu binden, würde indes weit darüber hinausgehen, bloß das potentielle Effektivitätsdefizit zu beheben. Tarifvertragsparteien wären auch an eine Richtlinie gebunden, wenn der jeweilige Mitgliedstaat die Richtlinie umgesetzt hat und somit kein Effektivitätsdefizit besteht. Mit Hilfe des Effektivitätsgedankens kann daher nicht begründet werden, warum private Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden sein sollen.

b) Gesetzgeberähnliche Stellung privater Tarifvertragsparteien gegenüber ihren Mitgliedern

Tarifvertragsparteien hätten die Macht und die Befugnis, am Vertragsschluss Unbeteiligte zu verpflichten, und handelten damit ähnlich dem Gesetzgeber.¹⁶¹ Aufgrund dieses Vergleiches reicht es nach Dewald nicht aus, Tarifvertragsparteien den gleichen Schranken zu unterwerfen wie andere Privatrechtssubjekte.¹⁶²

¹⁶¹ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 119.

¹⁶² Nach Dewald sollen Tarifvertragsparteien stärker an unionsrechtliche Vorschriften gebunden sein als andere Privatrechtssubjekte. Sie sieht die Richtlinienbindung von Tarifvertragsparteien aber als „problematisch“ an, vgl. Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 127 f.

Um zu untersuchen, ob ein Vergleich der Tarifvertragsparteien mit dem Gesetzgeber eine Analogie zu Art. 288 Abs. 3 AEUV trägt, ist im ersten Schritt darauf einzugehen, warum es der Gesetzgeber unterlassen muss, richtlinienwidrige Regelungen zu erlassen, nachdem die Umsetzungsfrist abgelaufen ist. Im Anschluss ist zu prüfen, ob diese Zweckerwägungen auch auf private Tarifvertragsparteien zutreffen und somit eine Richtlinienbindung analog Art. 288 Abs. 3 AEUV rechtfertigen können.

aa) Zwecke der Unterlassungspflicht des Gesetzgebers

Dass der Gesetzgeber Richtlinien nicht nur umsetzen, sondern anschließend auch richtlinienwidrige Handlungen unterlassen muss, erfüllt zwei Zwecke. Aus Perspektive der EU sichert die Unterlassungspflicht die Richtlinienumsetzung ab. Erlässt die EU eine Richtlinie, ist es in ihrem Interesse, dass Mitgliedstaaten einen richtlinienkonformen Zustand schaffen und anschließend aufrechterhalten. Andernfalls wären die Erreichung der Vertragsziele und die Autorität der Rechtsgemeinschaft EU in Frage gestellt. Neben dem Zweck, die Umsetzungspflicht abzusichern, schützt die Unterlassungspflicht auch den durch die Richtlinie begünstigten Bürger. Der von der Richtlinie intendierte Schutz soll nicht dadurch untergraben werden können, dass der Staat nach erfolgter Umsetzung den richtlinienkonformen Zustand aushöhlt.

bb) Übertragbarkeit auf private Tarifvertragsparteien

Private Tarifvertragsparteien sind bis auf im Ausnahmefall des Art. 153 Abs. 3 AEUV nicht verpflichtet, Richtlinien umzusetzen. Da sie nicht verpflichtet sind, Richtlinien umzusetzen, kann eine mögliche Unterlassungspflicht auch nicht ihre Umsetzungspflicht absichern. Dieser Zweck, den die den Mitgliedstaat betreffende Unterlassungspflicht erfüllt, ist bei privaten Tarifvertragsparteien nicht einschlägig. Eine Unterlassungspflicht für private Tarifvertragsparteien könnte hingegen bezwecken, von Richtlinien begünstigte Bürger zu schützen. Tarifvertragsparteien sind in der Lage, durch die Breitenwirkung ihrer Tarifverträge Richtlinien in ähnlicher Weise zu untergraben wie der Staat selbst. Diese Argumentation weist starke Parallelen zu der unter dem Stichwort „Effektivität des Art. 288 Abs. 3 AEUV“ geführten Diskussion auf.¹⁶³ Wie auch dort gilt jedoch, dass das Argument nicht überzeugt. Ein Schutzdefizit der von der Richtlinie begünstigten Tarifunterworfenen besteht nur insoweit, als der Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat. Hat der Mitgliedstaat die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt, gewährleisten bereits die richtlinienkonformen Gesetze den Schutz der Tarifunterworfenen. Mit dem nur in geringem Umfang potentiell bestehenden

¹⁶³ Dazu zuvor 2. Teil 2. Kapitel C. III. 2. a) (S. 185 ff.).

Schutzdefizit eine allgemeine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien zu begründen, würde die Befugnisse der Rechtsprechung überschreiten, da die Rechtsprechung deutlich weiter ginge, als bloß die Schutzlücke zu schließen.

c) Zwischenergebnis

Auch teleologische Erwägungen sprechen somit nicht für eine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV.

3. Überschreiten der Rechtsfortbildungsgrenzen

Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung die Verbandskompetenz der EU und damit die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschreitet, wenn sie private Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien bindet.

a) Kompetenzgrenze des Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht einschlägig

Art. 153 Abs. 5 AEUV normiert positive Grenzen für die Verbandskompetenz der EU¹⁶⁴ und damit auch für die Rechtsprechung des EuGH.¹⁶⁵ Danach steht der Union keine Kompetenz für das Koalitionsrecht zu. Dem Koalitionsrecht unterfallen die Regeln zur Gründung und inneren Organisation einer Koalition sowie zur Mitgliedschaft in ihr.¹⁶⁶ Bereits das Tarifvertragsrecht ist von diesem eng auszulegenden Ausschluss nicht mehr umfasst, wie Art. 153 Abs. 1 lit. f, 156 UAbs. 1 siebter Gedankenstrich AEUV zeigen.¹⁶⁷ Eine Pflicht für private Tarifvertragsparteien, richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen, hat nichts mit dem in dieser Weise eng verstandenen Begriff des Koalitionsrechts zu tun. Eine derartige Pflicht würde zwar das Handeln von Koalitionen betreffen, nicht aber ihre Gründung, Organisation oder Mitgliedschaft in ihr. Die Verbandskompetenzgrenze des Art. 153 Abs. 5 AEUV steht einer Rechtsfortbildung daher nicht im Weg, die private Tarifvertragsparteien allgemein an Richtlinien bindet.

¹⁶⁴ Zur Einordnung von Art. 153 AEUV als Verbandskompetenznorm EuArbR/*Franzen*, Art. 153 AEUV Rn. 45.

¹⁶⁵ Vgl. *Roth*, *RabelsZ* 75 (2011), 787, 828, der die „Kompetenzbegrenzungsklauseln“ Art. 167 Abs. 5, 168 Abs. 5 AEUV als Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH ansieht.

¹⁶⁶ *GHN/Benecke*, Art. 153 AEUV Rn. 104; *EuArbR/Franzen*, Art. 153 AEUV Rn. 49.

¹⁶⁷ *Frenz*, *Hdb. Europarecht* 4, Rn. 3694; *GHN/Benecke*, Art. 153 AEUV Rn. 104; vgl. *Schlachter*, *Verbot der Altersdiskriminierung*, S. 44; vgl. *EuArbR/Franzen*, Art. 153 AEUV Rn. 50; a. A. *Calliess/Ruffert/Krebbler*, Art. 153 AEUV Rn. 12; *Löwisch/Rieble*, *TVG*, *Grundl.* Rn. 290.

*b) Überschreiten der allgemeinen Rechtsfortbildungsgrenze
aus Art. 5 Abs. 2, 48 EUV*

Auch wenn eine Rechtsfortbildung, die private Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien bindet, die spezielle Verbandskompetenznorm des Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht verletzt, überschreitet sie die allgemeine in Art. 5 Abs. 2, 48 EUV normierte Verbandskompetenz der EU. Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung dürfen im Wege der Rechtsfortbildung keine neuen Kompetenzen der EU geschaffen werden, weil dafür eine Vertragsänderung notwendig ist, für die die Mitgliedstaaten zuständig sind.

Bindet man private Tarifvertragsparteien an Richtlinien, ändert man aber das Wesen einer Richtlinie und schafft eine neue Kompetenz für die EU. Richtlinien zeichnen sich nach Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV dadurch aus, dass sie ausschließlich staatsgerichtet ist.¹⁶⁸ Das hat der EuGH im Urteil zur Rechtssache Marshall I klargestellt, in dem es um die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung ging. Der verbindliche Charakter einer Richtlinie bestehe nur für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sei.¹⁶⁹ Daher könne eine Richtlinie keine Verpflichtungen gegenüber Einzelnen begründen. In der Rechtssache Faccini Dori leitet der EuGH daraus eine Aussage zur Kompetenzgrenze ab: Mit einer unmittelbaren horizontalen Richtlinienwirkung erkenne man der Gemeinschaft die Befugnis zu, unmittelbar wirkende Verpflichtungen zu Lasten des Bürgers anzuordnen, obwohl sie das nur dort dürfe, wo sie befugt sei, Verordnungen zu erlassen.¹⁷⁰ Diese zutreffende Aussage zur unmittelbaren horizontalen Richtlinienwirkung lässt sich auf die Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien übertragen. Der AEUV erlaubt es der EU nur, mit Richtlinien Mitgliedstaaten zu verpflichten. Möchte die EU private Tarifvertragsparteien verpflichten, steht ihr die Verordnung als Rechtsetzungsinstrument zur Verfügung. Eine Rechtsfortbildung aber, die neben Mitgliedstaaten auch private Tarifvertragsparteien an Richtlinien bindet, liegt jenseits der vertraglich begründeten Handlungsformen der EU und damit jenseits der Kompetenz der Unionsorgane. Neben Mitgliedstaaten auch private Tarifvertragsparteien an Richtlinien zu binden, ist eine politische Grundentscheidung, die nur die Mitgliedstaaten treffen können.

c) Zwischenergebnis

Eine Rechtsfortbildung, die private Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien bindet, überschreitet die allgemeine in Art. 5 Abs. 2, 48 EUV normierte Verbandskompetenz der EU. Diese Rechtsfortbildung würde das Wesen

¹⁶⁸ Dazu auch unten auf S. 225 ff.

¹⁶⁹ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 48 = NJW 1986, 2178.

¹⁷⁰ *EuGH*, Urteil v. 14. 7. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 24 = NJW 1994, 2473.

von Richtlinien als mitgliedstaatsgerichtetes Rechtsetzungsinstrument verändern und eine neue Kompetenz für die EU schaffen.

4. Ergebnis: Keine allgemeine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien analog Art. 288 Abs. 3 AEUV

Private Tarifvertragsparteien sind nicht analog Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden. Das Unionsrecht ist insoweit nicht lückenhaft. Eine etwaige Rechtsfortbildung würde auch die Grenzen der Rechtsfortbildung überschreiten. Zum gleichen Ergebnis würde man gelangen, wenn man von einem weiten Auslegungsbegriff ausgeht und nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung differenziert.

IV. Unzulässigkeit der Richtlinienbindung auf Grundlage einzelner Richtlinienbestimmungen

Sind private Tarifvertragsparteien nicht generell gemäß oder analog Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden, kommt in Betracht, dass eine konkrete Richtlinienbestimmung private Tarifvertragsparteien adressiert und auf diese Weise bindet. In diese Richtung lassen sich die Äußerungen des EuGH zur Gleichbehandlungsrichtlinie deuten. Der EuGH und im Anschluss an ihn das BAG entnehmen Art. 16 lit. b RL 2000/78/EG, dass Tarifvertragsparteien die Richtlinie beachten müssen.¹⁷¹ Aber auch Bestimmungen anderer Richtlinien sprechen die Sozialpartner an. Gemäß § 5 der in RL 1999/70/EG inkorporierten Sozialpartner-Rahmenvereinbarung müssen die Sozialpartner Maßnahmen ergreifen, um den Missbrauch durch befristete Arbeitsverträge zu verhindern. Art. 4 der zugehörigen RL 1999/70/EG sieht hingegen nur die Mitgliedstaaten als Adressaten der Richtlinie an.

Obwohl manche Richtlinie oder durchgeführte Sozialpartnervereinbarung private Tarifvertragsparteien erwähnt, binden sie die nationalen privaten Tarifvertragsparteien nicht. Der EU steht nicht die Kompetenz zu, Private an Richtlinien zu binden, weder allgemein im Wege einer Rechtsfortbildung von Art. 288 Abs. 3 AEUV noch speziell durch eine an sie gerichtete Richtlinienbestimmung. Selbst wenn die EU versuchen sollte, privaten Tarifvertragsparteien in Richtlinien Verpflichtungen aufzuerlegen, ist das für die Sozialpartner nicht verbindlich. Daran ändert sich auch nichts, wenn die europäischen Sozialpartner im Rahmen des Sozialen Dialogs am Entstehen der Richtlinie mitgewirkt haben. Ihre Mitwirkung hilft nicht über die fehlende Verbandskompetenz der EU hinweg. Richtlinien kön-

¹⁷¹ *EuGH*, Urteil v. 8. 9. 2011 – C-297/10, C-298/10 (Hennigs), Slg. 2011, I-7968 Rn. 63 = NZA 2011, 1100; *EuGH*, Urteil v. 13. 9. 2011 – C-447/09 (Prigge), Slg. 2011, I-8034 Rn. 49 = NZA 2011, 1039.

nen Sozialpartner zwar mit Programmsätzen ansprechen. Rechtliche Auswirkungen hat das indes nicht.

V. Richtlinienbindung bei Übertragung der Richtlinienumsetzung an die Sozialpartner, Art. 153 Abs. 3 AEUV

Der AEUV sieht in Art. 153 Abs. 3 vor, dass ein Mitgliedstaat den Sozialpartnern die Durchführung von Richtlinien übertragen kann, wenn die Sozialpartner das gemeinsam beantragen. Beantragen die Tarifvertragsparteien, die Durchführung der Richtlinie übertragen zu bekommen, treten sie innerstaatlich an die Stelle des Mitgliedstaats. Der Mitgliedstaat überträgt ihnen rechtliche Verantwortung, sodass Tarifverträge, die geschlossen werden, um die Richtlinie durchzuführen, staatlich delegierte Rechtsetzung sind.¹⁷² Mit der Delegation der Rechtsetzungsmacht untrennbar verbunden ist die Übertragung der aus der Richtlinie und Art. 288 Abs. 3 AEUV erwachsenden Verpflichtungen. Beantragen die Tarifvertragsparteien, eine Richtlinie selbst durchzuführen, sind sie also an die Richtlinie gebunden.¹⁷³

In Deutschland ist die in Art. 153 Abs. 3 AEUV vorgesehene Umsetzungsmöglichkeit jedoch praktisch bedeutungslos.¹⁷⁴ Art. 153 Abs. 3 AEUV setzt voraus, dass die Tarifverträge zur Richtlinienumsetzung flächendeckend und einheitlich gelten.¹⁷⁵ Das ist in Deutschland schwer vorstellbar, wo die Tarifbindung grundsätzlich an die Mitgliedschaft im tarifschließenden Verband geknüpft ist. Die Tarifverträge müssten also für allgemeinverbindlich erklärt werden und selbst dann wirken Tarifverträge nur in ihrem Geltungsbereich flächendeckend, d.h. traditionell im Unternehmen oder in der Branche.¹⁷⁶ In Deutschland spielt die Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien aufgrund delegierter Rechtsetzungsmacht gemäß Art. 153 Abs. 3 AEUV daher keine praktische Rolle.

VI. Zusammenfassung: Keine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien

Hinter der Frage, ob private Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, verbirgt sich die Frage, ob private Tarifvertragsparteien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienwidrige Maßnahmen unterlassen müssen, nachdem die Umsetzungsfrist der Richtlinie abgelaufen ist.

¹⁷² NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 45.

¹⁷³ So auch NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 45.

¹⁷⁴ GHN/Benecke, Art. 153 AEUV Rn. 13.

¹⁷⁵ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 30. 1. 1985 – Rs. 143/83 (Kommission/Dänemark), BeckRS 2004, 71657 Rn. 8; GHN/Benecke, Art. 153 AEUV Rn. 13.

¹⁷⁶ Vgl. Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 153 AEUV Rn. 36; vgl. NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 48.

Eine Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV ergibt, dass private Tarifvertragsparteien nicht allgemein an Richtlinien gebunden sind. Da sich Art. 288 Abs. 3 AEUV ausschließlich an die Mitgliedstaaten und ihre innerstaatlichen Stellen richtet, liegt ein Normverständnis, nach dem darüber hinaus private Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, jenseits des möglichen Wortsinns und somit im Bereich der Rechtsfortbildung.

Eine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien lässt sich auch nicht im Wege der Fortbildung von Art. 288 Abs. 3 AEUV erreichen. Es ist gemessen an der gesamten Unionsrechtsordnung nicht planwidrig, dass Art. 288 Abs. 3 AEUV private Tarifvertragsparteien nicht adressiert. Zudem würde eine solche Rechtsfortbildung die Kompetenzgrenzen der EU überschreiten und ist damit bereits aus diesem Grund unzulässig.

Da der EU die Verbandskompetenz fehlt, private Tarifvertragsparteien an Richtlinien zu binden, können auch einzelne Richtlinienbestimmungen private Tarifvertragsparteien nicht binden. Selbst wenn eine Richtlinienbestimmung den nationalen Sozialpartnern eine Aufgabe zuweist, bindet sie das nicht.

Nur ausnahmsweise sind private Tarifvertragsparteien an eine Richtlinie gebunden, nämlich dann, wenn ihnen ein Mitgliedstaat gemäß Art. 153 Abs. 3 AEUV die Aufgabe überträgt, die Richtlinie durchzuführen. In Deutschland ist diese Situation jedoch praktisch bedeutungslos.

D. Richtlinienbindung staatlicher Tarifvertragsparteien

Während *private* Tarifvertragsparteien bis auf in einem in Deutschland irrelevanten Ausnahmefall nicht an Richtlinien gebunden sind, liegt eine Richtlinienbindung im Sinne einer Unterlassungspflicht bei *staatlichen* Tarifvertragsparteien, also staatlichen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden wesentlich näher. Ob staatliche Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind, ist wie auch bei privaten Tarifvertragsparteien eine Frage der Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV. Bereits zuvor wurde festgestellt, dass Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV staatsbezogen sind.

Nachdem zwischenzeitlich unklar war, wann ein Rechtssubjekt dem Staat zuzuordnen ist,¹⁷⁷ erklärt der EuGH in der Entscheidung zur Rechtssache Farrell II nun, dass Organisationen oder Einrichtungen dem Staat gleichzustellen sind, wenn sie eine von drei Voraussetzungen erfüllen:¹⁷⁸ wenn sie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, die zum Staat im weiteren Sinne gehören, wenn sie einer öffentlichen Stelle oder deren Aufsicht unterstehen, oder wenn sie eine solche Stelle mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut und

¹⁷⁷ Siehe dazu 2. Teil 2. Kapitel C. II. (S. 174 ff.).

¹⁷⁸ *EuGH*, Urteil v. 10. 10. 2017 – C-413/15 (Farrell II), BeckRS 2017, 127274 Rn. 34.

hierzu mit den genannten besonderen Rechten ausstattet. Dass die Voraussetzungen alternativ nebeneinanderstehen, bringt der EuGH dadurch zum Ausdruck, dass er sie jeweils mit einem „oder“ verknüpft.

Ist eine staatliche Tarifvertragspartei eine juristische Person des öffentlichen Rechts, zählt sie zum „Mitgliedstaat“ i. S. d. EuGH-Rechtsprechung. Auch die privatrechtlich organisierten staatlichen Tarifvertragsparteien erfüllen die Voraussetzungen der EuGH-Rechtsprechung: Privatrechtlich organisierte Arbeitgeber, die überwiegend in Staatshand sind, unterstehen einer öffentlichen Stelle, da der Staat beherrschenden Einfluss ausübt. Das gleiche gilt auch für privatrechtlich organisierte Arbeitgeberverbände, deren Mitglieder überwiegend privatrechtlich organisierte Unternehmen in Staatshand oder öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen sind. Daher zählen staatliche Tarifvertragsparteien entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zum „Mitgliedstaat“ und sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden.

Dieses Ergebnis ist überzeugend. Ob ein Rechtssubjekt „Mitgliedstaat“ oder „innerstaatliche Stelle“ i. S. d. Art. 288 Abs. 3 AEUV ist, richtet sich nicht nach der gewählten Handlungsform, sondern ist eine Zurechnungsfrage.¹⁷⁹

Ist eine Tarifvertragspartei eine juristische Person des öffentlichen Rechts, ist sie dem „Mitgliedstaat“ zuzurechnen. Aber auch privatrechtlich organisierte Tarifvertragsparteien, die überwiegend in Staatshand sind, sind dem Staat zuzurechnen. Zwar mag vordergründig ein Rechtssubjekt des Privatrechts handeln. Entscheidend ist aber, dass hinter dem Handeln des Privatrechtssubjekts der Staat steht. Er entscheidet etwa darüber, welche Tarifverträge die Tarifvertragspartei mit welchem Inhalt abschließt. Es ist daher überzeugend, staatliche Tarifvertragsparteien dem Mitgliedstaat i. S. d. Art. 288 Abs. 3 AEUV zuzurechnen, sodass sie richtliniengebunden sind. Dementsprechend sind staatliche Tarifvertragsparteien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen, nachdem die Umsetzungsfrist abgelaufen ist.

Gegen die Richtlinienbindung staatlicher Tarifvertragsparteien kann nicht angeführt werden, dass Gewerkschaften oder Arbeitnehmer unter Umständen unterschiedlich behandelt werden, je nachdem ob der Tarifvertrag mit einer privaten oder einer staatlichen Tarifvertragspartei geschlossen wurde. Diese Ungleichbehandlung ist in Art. 288 Abs. 3 AEUV angelegt.¹⁸⁰ Art. 288 Abs. 3 AEUV differenziert bei der Richtlinienbindung zwischen staatlichen und privaten Stellen.

¹⁷⁹ Siehe dazu 2. Teil 2. Kapitel C. II. (S. 178 f.).

¹⁸⁰ Siehe bereits 2. Teil 2. Kapitel C. III. 1. c) (S. 185).

E. Exkurs: Für staatliche Tarifvertragsparteien geltendes Frustrationsverbot

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH entfalten Richtlinien Vorwirkungen.¹⁸¹ Der Staat muss daher Maßnahmen unterlassen, die die Erreichung des Richtlinienziels bei Ablauf der Umsetzungsfrist ernstlich gefährden.¹⁸² Da staatliche Tarifvertragsparteien dem Staat zuzuordnen sind, trifft sie grundsätzlich auch das Frustrationsverbot aus Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 288 Abs. 3 AEUV und der jeweiligen Richtlinie.¹⁸³ Praktisch wirkt sich das jedoch nicht aus: Schließt eine staatliche Tarifvertragspartei einen richtlinienwidrigen Tarifvertrag im Umsetzungszeitraum der Richtlinie ab, gefährdet sie damit nicht ernstlich die Zielerreichung.¹⁸⁴ Davon wäre nur auszugehen, wenn die Tarifvertragspartei irreversible Fakten schaffen oder dafür sorgen würde, dass das Richtlinienziel faktisch nicht mehr bei Ablauf des Umsetzungszeitraums erreicht werden kann.¹⁸⁵ Beides ist jedoch nicht der Fall. Eine richtlinienwidrige Tarifnorm, die eine staatliche Tarifvertragspartei vereinbart, wird in dem Zeitpunkt unwirksam, in dem der Mitgliedstaat die Richtlinie ordnungsgemäß umsetzt, weil die Tarifnorm gegen das nationale Recht verstößt. Daher verpflichtet das Frustrationsverbot staatliche Tarifvertragsparteien im Umsetzungszeitraum nicht dazu, nur richtlinienkonforme Tarifverträge zu schließen.

F. Zusammenfassung zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien

Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Tarifvertragsparteien die RL 2000/78/EG beachten. Darunter ist wohl zu verstehen, dass sie richtlinienwidrige Maßnahmen unterlassen müssen. Die Art und Weise, wie der EuGH seinen Standpunkt begründet, überzeugt allerdings nicht. In Bezug auf weitere Richtlinien geht der EuGH davon aus, dass diese Tarifverträgen entgegenstehen können. Offen ist, was aus dieser Formulierung für das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zu den jeweiligen Richtlinien folgt. Sprachlich geht der EuGH jedenfalls bei der RL 2000/78/EG weiter als bei anderen Richtlinien.

Der Fünfte und Sechste Senat des BAG sprechen davon, dass die Diskriminierungsverbote der RL 2000/78/EG auf Tarifverträge anwendbar sind. Nach ihrer

¹⁸¹ Siehe dazu 1. Teil 1. Kapitel B. (S. 39 f.).

¹⁸² Siehe etwa *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 121 = NJW 2006, 2465.

¹⁸³ *Klumpp*, NZA 2005, 848, 853.

¹⁸⁴ A. A. *Klumpp*, NZA 2005, 848, 853 und *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 614, nach denen staatliche Tarifvertragsparteien während der Umsetzungsphase keine richtlinienwidrigen Tarifverträge abschließen dürfen.

¹⁸⁵ Vgl. *Röthel*, ZEuP 2009, 34, 38.

Rechtsprechung müssen Tarifvertragsparteien die Richtlinie aber bislang nicht „beachten“. Diese Aussage hat zuletzt der Neunte Senat getroffen. In einer anderen Entscheidung hat er mehr Zurückhaltung geübt und ausdrücklich offen gelassen, ob Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind. Bei der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG geht der Siebte Senat des BAG davon aus, dass Tarifvertragsparteien das Richtlinienziel beachten müssen.

Das deutsche Schrifttum lehnt eine Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien überwiegend ab.

Weder im Wege der Auslegung noch der Rechtsfortbildung kann Art. 288 Abs. 3 AEUV entnommen werden, dass private Tarifvertragsparteien an Richtlinien gebunden sind. Staatliche Tarifvertragsparteien sind demgegenüber dem Mitgliedstaat zuzurechnen. Sie sind dementsprechend gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden und verpflichtet, richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen. Ab dem Ende des Umsetzungszeitraums dürfen sie somit keine richtlinienwidrigen Tarifverträge abschließen. Da sie richtliniengebunden sind, gilt für sie grundsätzlich auch das Frustrationsverbot. Das wirkt sich praktisch jedoch kaum aus, da auch im Umsetzungszeitraum abgeschlossene richtlinienwidrige Tarifverträge keine irreversiblen Fakten schaffen und es nicht verhindern, dass das Richtlinienziel mit Ablauf des Umsetzungszeitraums erreicht wird.

3. Kapitel

Nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Private Tarifvertragsparteien sind nicht richtliniengebunden. Richtlinien schränken ihre Autonomie daher nicht unmittelbar ein. Denkbar ist aber, dass Richtlinien die Autonomie privater Tarifvertragsparteien mittelbar dadurch einschränken, dass Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Private Tarifvertragsparteien müssten Richtlinien dann zwar nicht unmittelbar beachten. Sie müssten es jedoch dulden, dass nationale Gerichte die Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen an Richtlinien und den Vorgaben des EuGH ausrichten.

Bei den verschiedenen diskutierten Anknüpfungspunkten für eine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen wird bislang eine Unterscheidung nicht deutlich: Sie unterscheiden sich danach, ob eine etwaige Pflicht im deutschen Recht oder im Unionsrecht verortet wird. Diese Unterscheidung wirkt sich darauf aus, wie weit eine etwaige Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen reichen würde. Wird die Pflicht allein im nationalen Recht verankert, beschränkt sie sich auf Tarifverträge, die deutschem Recht unterliegen. Eine EU-weite Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung kann auf diesem Weg nicht begründet werden. Das vermag nur ein unionsrechtlicher Ansatz zu leisten. Um die unterschiedlichen Reichweiten einer Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung zu verdeutlichen, wird nachfolgend zwischen einer nationalen und einer unionsrechtlichen Pflicht unterschieden. In diesem 3. Kapitel werden die Ansätze einer nationalen Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen beleuchtet, bevor im sich anschließenden 4. Kapitel unionsrechtliche Begründungen untersucht werden.

A. Wille der Tarifvertragsparteien zur richtlinienkonformen Regelung als Anknüpfungspunkt

Teile der Literatur berufen sich auf den Willen der Tarifvertragsparteien, um eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung zu begründen oder abzulehnen. Dabei handelt es sich um einen nationalen Ansatz, eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung zu begründen, da er auf die nationale Methodenlehre in Form der Grundsätze der Tarifvertragsauslegung gestützt wird. Parallelen weist dieser Ansatz mit der herrschenden Meinung zur verfassungskonformen und ge-

setzeskonformen Tarifvertragsauslegung auf, die diese Auslegung ebenfalls auf den Willen der Tarifvertragsparteien stützt.¹

Sowohl die Befürworter als auch die Gegner einer auf den Willen der Tarifvertragsparteien gestützten richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung knüpfen an die Bindung der Tarifvertragsparteien an Richtlinien an. Davon ausgehend, dass Tarifvertragsparteien nach dem EuGH richtliniengebunden seien, wird eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung befürwortet.² Es bestehe die widerlegbare Vermutung, dass Tarifvertragsparteien regelmäßig den Willen hätten, ihre Richtlinienbindung zu achten. Andere differenzieren zwischen von privaten und von staatlichen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden geschlossenen Tarifverträgen, weil sie nur staatliche Tarifvertragsparteien als richtliniengebunden ansehen.³ Von staatlichen Tarifvertragsparteien geschlossene Tarifverträge seien richtlinienkonform auszulegen, weil die Tarifvertragsparteien die Richtlinienbindung des Staates achten wollten.⁴ Demgegenüber lehnen andere eine auf den Willen der Tarifvertragsparteien gestützte richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung ab,⁵ weil Tarifvertragsparteien nicht an Richtlinien gebunden seien.⁶ Zudem fehle ein Erfahrungssatz, nach dem Tarifvertragsparteien kein unionsrechtswidriges Recht setzen wollten.⁷

Welche der dargestellten Auffassungen überzeugt, wird nachfolgend untersucht. Die Ausführungen bauen dabei auf dem vorherigen Abschnitt zur Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien auf.⁸ Es wird also grundsätzlich davon ausgegangen, dass private Tarifvertragsparteien nicht richtliniengebunden sind, staatliche Tarifvertragsparteien hingegen schon.

Grundlage einer auf den Willen der Tarifvertragsparteien gestützten Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung sind die Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung in Deutschland. Zunächst wird daher daran erinnert, welche Bedeutung dem Willen der Tarifvertragsparteien bei der Auslegung und Fortbildung des Tarifvertrags zukommt (unter I.). Anschließend wird darauf eingegangen, wie der Wille der Tarifvertragsparteien ermittelt werden kann (unter II.). Kann ein Wille zur Richtlinienkonformität, also ein Konformitätswille nicht ermittelt werden, kommt es in Betracht, einen solchen Willen zu vermuten (unter III.). Abschließend wird untersucht, ob ein etwaig bestehender Wille zur richtlinienkonformen Regelung

¹ Siehe dazu oben 2. Teil 1. Kapitel E. (S. 140 ff.).

² *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 188 ff.; *Schweighart/Ott*, NZA-RR 2015, 1, 5.

³ *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1718, 610 f.

⁴ *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1718.

⁵ *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 262; *EuArbR/ders.*, Art. 288 AEUV Rn. 67.

⁶ *Thüsing*, ZIP 2004, 2301, 2304; *Wißmann*, in: FS Bepler, S. 649, 656; vgl. *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 280.

⁷ *Thüsing*, ZIP 2004, 2301, 2304.

⁸ 2. Teil 2. Kapitel (S. 146 ff.).

eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung begründen kann (unter IV.).

I. Maßgeblichkeit des Willens der Tarifvertragsparteien bei der Auslegung und Fortbildung des Tarifvertrags

Der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien ist sowohl für die Auslegung des normativen als auch des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils maßgeblich.⁹ Demzufolge kommt es für die Fortbildung des normativen Teils und die ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Teils auch auf den Regelungsplan der Tarifvertragsparteien an. Differenzen bestehen hingegen bei der Frage, inwieweit dem Willen der Tarifvertragsparteien zum Durchbruch verholfen werden darf. Dabei geht die herrschende Meinung davon aus, dass der Wille der Tarifvertragsparteien im normativen Teil nicht unbegrenzt berücksichtigt werden darf. Als Grund dafür wird die Rechtssicherheit für die Normunterworfenen angeführt. Diese sollen sich auf den Normtext verlassen können. Nach überwiegender Ansicht darf der Wille der Tarifvertragsparteien im normativen Tarifvertragsteil daher nur insoweit berücksichtigt werden, wie er sich im Wortlaut des Tarifvertrags niederschlagen hat.

Da der Wille der Tarifvertragsparteien für die Fortbildung des Tarifvertrags maßgeblich ist, kann eine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung nicht damit begründet werden, dass der Tarifvertrag Richtlinienvorgaben widerspricht. Vergleichbares wird aber im Kontext richtlinienkonformer Gesetzesauslegung und -fortbildung teilweise vertreten: Die Richtlinienwidrigkeit des Gesetzes begründe eine Lücke, die anhand der Richtlinie zu füllen sei.¹⁰ Das wird darauf zurückgeführt, dass Richtlinien zur Gesamtrechtsordnung zählten, die Maßstab der Planwidrigkeit sei. Diese Auffassung überzeugt bereits für die Gesetzesfortbildung nicht.¹¹ Für die Tarifvertragsfortbildung ist sie umso mehr abzulehnen, da sich die Planwidrigkeit einer Unvollständigkeit im Tarifvertrag nach dem Plan der Tarifvertragsparteien und nicht der Gesamtrechtsordnung richtet.

II. Wege zur Willensermittlung

1. Rückgriff auf die Auslegungsmittel

Ausgangspunkt, um den Willen der Tarifvertragsparteien zu ermitteln, ist der Tarifvertrag. Gerichte sollen den tatsächlichen Willen der Tarifvertragsparteien ermitteln, indem sie auf die Auslegungsmittel Wortlaut, Systematik und Telos

⁹ Dazu und zum Nachfolgenden siehe 1. Teil 3. Kapitel C. I. und II. (S. 107 f.).

¹⁰ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 85 ff.

¹¹ Siehe zur Kritik Fn. 168 (1. Teil 2. Kapitel).

zurückgreifen.¹² Subsidiär können Gerichte nach der Rechtsprechung des BAG auch auf die Tarifgeschichte, die praktische Tarifübung sowie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags rekurren, um den Willen der Tarifvertragsparteien zu ermitteln.¹³

Aus Wortlaut, Systematik und Telos wird sich jedoch kaum darauf schließen lassen können, dass Tarifvertragsparteien mit einer Tarifnorm eine richtlinienkonforme Regelung treffen wollten. Denkbar ist aber, dass sich aus der Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tarifvertragsparteien eine richtlinienkonforme Regelung beabsichtigt haben. Ändern sie etwa einen Tarifvertrag, nachdem eine Richtlinie in Kraft getreten oder ihre Umsetzungsfrist abgelaufen ist, und steht die Tarifvertragsänderung in engem inhaltlichem Zusammenhang mit der Richtlinie, ist das ein Indiz für einen Willen zur richtlinienkonformen Regelung.

2. Tarifauskunft als unzulässiger Weg der Willensermittlung

Haben Gerichte für Arbeitssachen Zweifel an der Geltung oder Auslegung eines Tarifvertrags, die sie nicht selbst beseitigen können, greifen sie teilweise auf die sogenannte Tarifauskunft zurück.¹⁴ Darunter versteht man, dass sich Gerichte bei den Tarifvertragsparteien zu Einzelheiten des Tarifvertrags erkundigen. Es kommt daher grundsätzlich in Betracht, den Willen, eine richtlinienkonforme Tarifnorm zu schaffen, im Wege der Tarifauskunft zu ermitteln. Dafür müssten Gerichte die Tarifvertragsparteien über ihre Absichten und über den Inhalt der Tarifvertragsverhandlungen befragen.

Es entspricht jedoch der herrschenden Meinung, dass allein die Gerichte dafür zuständig sind, Tarifverträge und tarifliche Begriffe auszulegen.¹⁵ Eine Tarifauskunft dürfe nicht darauf gerichtet sein, eine prozessentscheidende Rechtsfrage zu beantworten.¹⁶ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die Tarifauskunft wird heute

¹² BAG, Urteil v. 22.4.2010 – 6 AZR 962/08, NZA 2011, 1293 Rn. 17 = BAGE 134, 184 m. w. N.

¹³ Vgl. BAG, Urteil v. 22.4.2010 – 6 AZR 962/08, NZA 2011, 1293 Rn. 17 = BAGE 134, 184 m. w. N.

¹⁴ Ausführlich dazu *Creutzfeldt*, in: FS Düwell, S. 286.

¹⁵ BAG, Urteil v. 12. 12. 2012 – 4 AZR 267/11, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Krankenanstalten Rn. 22; BAG, Urteil v. 26. 8. 2015 – 4 AZR 41/14, BeckRS 2016, 66945 Rn. 37; BAG, Urteil v. 22. 6. 2016 – 10 AZR 260/15, NZA-RR 2016, 595 Rn. 26; *Creutzfeldt*, in: FS Düwell, S. 286, 294, 301, siehe auch S. 297 ff. zu der zweifelhaften Praxis des BAG, das Auslegungsergebnis bestätigende Auskünfte zu berücksichtigen; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1760; vgl. NK-GA/*Frieling*, § 1 TVG Rn. 66; vgl. Stein/Jonas/*Leipold*, § 293 ZPO Rn. 11.

¹⁶ BAG, Urteil v. 18. 8. 1999 – 4 AZR 247/98, NZA 2000, 432, 435 = BAGE 92, 229; BAG, Urteil v. 24. 2. 2010 – 10 AZR 40/09, AP Nr. 33 zu § 4 TVG Rn. 23; BAG, Urteil v. 12. 12. 2012 – 4 AZR 267/11, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Tarifverträge: Krankenanstalten Rn. 22; BAG, Urteil v. 22. 6. 2016 – 10 AZR 260/15, NZA-RR 2016, 595 Rn. 26.

auf § 293 ZPO gestützt, der gemäß § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren anwendbar ist.¹⁷ § 293 ZPO ermöglicht es, unter anderem über Statuten, zu denen auch Tarifverträge zählen¹⁸, Beweis zu erheben. Voraussetzung ist, dass die Statuten dem Gericht unbekannt sind. Es gilt dabei der Amtsermittlungsgrundsatz.¹⁹ Ziel des § 293 ZPO ist es, die jeweilige Norm zu ermitteln, vgl. § 293 S. 2 ZPO. Im Kontext von Tarifverträgen kann daher darüber Beweis erhoben werden, ob ein Tarifvertrag gilt und ab wann er gilt.²⁰ Ist eine Tarifnorm dagegen dem Gericht bekannt und geht es lediglich darum, wie die Tarifnorm auszulegen ist, zählt das nicht mehr zur Normermittlung und ist somit nicht mehr von der Befugnis gemäß § 293 ZPO umfasst. Kennt ein Gericht die Tarifnorm, darf es § 293 ZPO nicht mehr anwenden.²¹

Die Gerichte für Arbeitssachen können daher nicht gemäß § 293 ZPO eine Auskunft bei den Tarifvertragsparteien darüber einholen, was die Motive für eine Tarifnorm waren und ob die Parteien eine richtlinienkonforme Tarifnorm vereinbaren wollten. Es ist jedoch denkbar, dass eine Prozesspartei dem Gericht diese nur den Tarifvertragsparteien bekannten Tatsachen mitteilt und gegebenenfalls den Beweis antritt.²²

III. Keine Vermutung des Willens zur richtlinienkonformen Regelung

Da ein Konformitätswille in der Regel nicht festzustellen sein wird, kommt es entscheidend darauf an, ob ein solcher Wille vermutet werden kann.²³ Dabei kommt zum einen in Betracht, dass sich eine solche Vermutung bereits aus nationaler Perspektive begründen lässt (dazu unter 1.). Zum anderen ist denkbar, dass die Vermutung unionsrechtlich geboten ist (dazu unter 2.).

1. Keine Rechtfertigung der Vermutung aus nationaler Perspektive

Die Befürworter einer auf den Willen der Tarifvertragsparteien gestützten richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung legen Tarifverträge in dem Umfang richtlinienkonform aus, wie sie eine Richtlinienbindung der Tarifver-

¹⁷ Vgl. *Creutzfeldt*, in: FS Düwell, S. 286, 291 f.

¹⁸ *MüKoZPO/Prütting*, § 293 ZPO Rn. 20.

¹⁹ *MüKoZPO/Prütting*, § 293 ZPO Rn. 12.

²⁰ *Creutzfeldt*, in: FS Düwell, S. 286, 292; *HMB/Bepler*, Teil 3 Rn. 143.

²¹ *Creutzfeldt*, in: FS Düwell, S. 286, 289.

²² Dazu *Creutzfeldt*, in: FS Düwell, S. 286, 301 f.

²³ Dafür *Dewald*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 188 ff.; *Schweighart/Ott*, NZA-RR 2015, 1, 5; für Tarifverträge des öffentlichen Dienstes *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1718; dagegen *Thüsing*, ZIP 2004, 2301, 2304; *Wißmann*, in: FS Bepler, S. 649, 656; *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 262; vgl. *Rieble/Zedler*, ZfA 2006, 273, 280.

tragsparteien annehmen. Sie vermuten im Umfang der Richtlinienbindung einen Willen zur Richtlinienkonformität. Als einzige Begründung für diese Vermutung wird genannt, dass die Tarifvertragsparteien ihre rechtlichen Bindungen beachten wollten.²⁴ Dewald begründet zwar, warum es der Vermutung nicht entgegensteht, dass richtlinienwidrige Tarifnormen trotz Richtlinienbindung anwendbar sind, da es keine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung gibt.²⁵ Positiv begründet sie die von ihr vertretene Vermutung jedoch nicht. Auch andere Autoren belassen es bei einer Behauptung.²⁶

Selbst wenn man *unterstellt*, dass Tarifvertragsparteien *generell* an Richtlinien gebunden sind, überzeugt die Behauptung jedoch nicht, dass sich Tarifvertragsparteien richtlinienkonform verhalten möchten. Insoweit bestehen Parallelen zu der Frage, ob dem nationalen Gesetzgeber ein Umsetzungswille unterstellt werden kann, wenn er eine Richtlinie in nationales Recht umsetzt.²⁷ Den Tarifvertragsparteien einen Willen zu unterstellen, richtlinienkonforme tarifliche Regelungen vereinbaren zu wollen, führt dazu, dass die Tarifvertragsparteien teilweise ihrer Herrschaft über ihren Tarifvertrag beraubt werden und ihre Tarifautonomie damit beschnitten wird. Welche Vorgaben Richtlinien machen, ist vielfach erst durch Auslegung zu ermitteln. Auch nach der Auslegung kommen regelmäßig verschiedene Normverständnisse in Betracht. Als Beispiel kann die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zum Urlaubsrecht dienen, die er aus lediglich zwei kurzen Normen entwickelt, Art. 7 RL 2003/88/EG und Art. 31 Abs. 2 GRCh. Wie der EuGH diese beiden kurzen Normen oder auch andere Normen des europäischen Arbeitsrechts auslegt, ist häufig nicht vorhersehbar.²⁸ Ermittelt aber erst der EuGH durch seine Auslegung den Regelungsgehalt einer Richtlinienvorschrift, können die Tarifvertragsparteien das Auslegungsergebnis im Zeitpunkt des Tarifvertragschlusses kaum antizipieren. Unterstellt man ihnen dennoch einen Konformitätswillen, gerät der Tarifvertrag zumindest teilweise zu einer Hülle, die über den Umweg des vermuteten Willens der Tarifvertragsparteien später mit der Rechtsprechung des EuGH gefüllt wird. Ein solches Verständnis des Willens von Tarifvertragsparteien als eine Art „Blankowille“ widerspricht der in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien, da ihnen teilweise die Herrschaft über ihren Tarifvertrag entzogen wird. Zu dieser Argumentation auf rechtlicher Ebene tritt ein Problem, das auf der tatsächlichen Ebene besteht. Den wenigsten Tarifvertragsparteien wird bewusst sein, dass sie möglicherweise an

²⁴ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 188, 190, 191.

²⁵ Dewald, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, S. 188 f.

²⁶ Schweighart/Ott, NZA-RR 2015, 1, 5; vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1718: Man dürfe den Tarifparteien unterstellen, die Richtlinienbindung des Staates bei Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes achten zu wollen.

²⁷ Siehe dazu oben 1. Teil 2. Kapitel C. II. 2. b) bb) (S. 71 ff.).

²⁸ Dazu Münder, ZfA 2019, 66, 80 f. verbunden mit dem Wunsch nach mehr Zurückhaltung des EuGH.

Richtlinien gebunden sind. Das entzieht der Vermutung, dass sich Tarifvertragsparteien wegen ihrer behaupteten Bindungen richtlinienkonform verhalten wollten, auch die tatsächliche Basis.

Es bleibt dabei: Die Vermutung, Tarifvertragsparteien wollten richtlinienkonforme Tarifverträge schließen, ist als unzulässige Fiktion abzulehnen. Auch wenn es reizvoll erscheinen mag, Richtlinien über den Umweg eines vermuteten Willens der Tarifvertragsparteien auch in Tarifverträgen stärker zum Durchbruch zu verhelfen, ist das nur durch Unterstellungen gegenüber Akteuren möglich, denen das Grundgesetz ein hohes Maß an Autonomie zugesteht. Diese Unterstellungen sind nicht nur in rechtlicher Hinsicht abzulehnen. Ihnen fehlt auch die Tatsachenbasis.

Wird *richtigerweise* eine Richtlinienbindung der privaten Tarifvertragsparteien *abgelehnt*²⁹, liegt eine Vermutung erst recht fern. Es ist nicht ersichtlich, warum private Tarifvertragsparteien Vorschriften beachten wollen sollten, an die sie nicht gebunden sind. Staatliche Tarifvertragsparteien sind hingegen zwar an Richtlinien gebunden.³⁰ Jedoch kann auch ihnen nicht unterstellt werden, richtlinienkonforme Tarifverträge schließen zu wollen. Ihnen diesen Willen zu unterstellen, würde dazu führen, das Gleichgewicht zwischen den Staatsgewalten zulasten der Exekutive, der staatliche Tarifvertragsparteien zuzurechnen sind, in Richtung der Judikative zu verschieben. Der Wille staatlicher Tarifvertragsparteien würde zu einer Hülle, die EuGH und nationale Gerichte füllen würden, ohne dass im Zeitpunkt des Tarifvertragsschlusses klar wäre, mit welchem Inhalt die Gerichte die Hülle füllen würden. Einen Konformitätswillen zu vermuten, ist daher mit einer Machtdelegation an den EuGH und die nationalen Gerichte gleichzusetzen, die abzulehnen ist.

2. Kein unionsrechtliches Gebot zur Vermutung einer richtlinienkonformen Regelungsabsicht

Zwar lässt sich eine Vermutung, dass Tarifvertragsparteien eine richtlinienkonforme Regelung treffen wollen, nur schwer aus nationaler Perspektive begründen. Es ist jedoch denkbar, dass die nationalen Gerichte unionsrechtlich zu dieser Vermutung verpflichtet sind.

²⁹ Siehe dazu zuvor 2. Teil 2. Kapitel C. (S. 173 ff.)

³⁰ Siehe dazu zuvor 2. Teil 2. Kapitel D. (S. 195 f.).

a) *Äußerungen des EuGH zum gesetzgeberischen Umsetzungswillen als Grundlage*

Unbekannt ist eine solche Vermutung dem Unionsrecht nicht, wie die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Wagner Miret³¹ und Pfeiffer³² zeigt. Danach ist davon auszugehen, dass der nationale *Gesetzgeber* seine Verpflichtungen aus der Richtlinie erfüllen will. Der EuGH gibt nationalen Gerichten also vor, dass nationale Gesetzgeber beabsichtigen, einen richtlinienkonformen Zustand zu schaffen, und vermutet damit einen Umsetzungswillen. In Björnekulla Fruktindustrier versteigt sich der EuGH sogar zu der Aussage, dass die nationalen Gerichte entgegenstehende Auslegungshinweise, die sich aus den vorbereitenden Arbeiten zur nationalen Regelung ergeben, nicht beachten sollten.³³

b) *Vermutung des gesetzgeberischen Willens zur Richtlinienkonformität als unzulässige Rechtsfortbildung*

Bevor darauf eingegangen wird, ob auch bei *Tarifvertragsparteien* eine richtlinienkonforme Regelungsabsicht zu vermuten ist, ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt die Äußerungen des EuGH zum *Gesetzgeber* überzeugen. Sofern der Rechtsprechung des EuGH zuzustimmen ist, ist anschließend zu untersuchen, ob die Äußerungen auf den Willen von Tarifvertragsparteien übertragbar sind.

Während es viele in der deutschen Literatur ablehnen, einen Willen zur richtlinienkonformen Regelung zu vermuten,³⁴ erkennt Brenncke in der Vermutung eine europäische Methodenregel, die für die nationalen Gerichte verbindlich sein soll.³⁵ Die Vermutungsregel gestalte den Interpretationsvorgang des nationalen Richters³⁶ und das Gebot der richtlinienkonformen Rechtsfindung aus.³⁷ Da die europäischen Methodenregeln am Anwendungsvorrang des Unionsrecht teilnahmen, seien entgegenstehende mitgliedstaatliche Methodenregeln unanwendbar.³⁸ Nach Auffassung von Brenncke verletzen die Methodenregeln nicht die Integra-

³¹ *EuGH*, Urteil v. 16. 12. 1993 – C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1994, I-6926 Rn. 20 = NJW 1994, 921.

³² *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 112 = NZA 2004, 1145.

³³ *EuGH*, Urteil v. 29. 4. 2004 – C-371/02 (Björnekulla Fruktindustrier), Slg. 2004, I-5811 Rn. 13 = GRUR 2004, 682.

³⁴ Canaris, in: FS Bydlinski, S. 47, 61; Schürnbrand, JZ 2007, 910, 916; Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 30; vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 254 ff., der die Vermutung überwiegend mit Blick auf die deutsche Methodenlehre ablehnt.

³⁵ Brenncke, EuR 2015, 440, 447 ff.; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 14 ff.

³⁶ Brenncke, EuR 2015, 440, 447; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 15.

³⁷ Brenncke, in: JbJZ 2014, S. 11, 17.

³⁸ Brenncke, in: JbJZ 2014, S. 11, 17.

tionsschranken des Grundgesetzes.³⁹ Damit überspringt er jedoch einen gedanklichen Schritt, da er die von ihm als zwingende Methodenregeln verstandenen Aussagen des EuGH als gegeben hinnimmt und sie nicht kritisch hinterfragt. In einem ersten Schritt ist aber zu untersuchen, ob das Unionsrecht überhaupt eine Vermutungsregel vorgibt. Erst wenn das zu bejahen ist, kommt es darauf an, ob sich die Vermutungsregel innerhalb der verfassungsrechtlichen Integrationsschranken hält.

Der EuGH stützt seine Vermutungsregel auf Art. 288 Abs. 3 AEUV. Das zeigt das Urteil in der Rechtssache Pfeiffer, in dem der EuGH erklärt, das nationale Gericht habe „in *Anbetracht des Art. 249 Abs. 3 EGV* davon auszugehen, dass der Staat, wenn er von dem ihm [...] eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht hat, die Absicht hatte, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“.⁴⁰

Ein Verständnis des Art. 288 Abs. 3 AEUV, nach dem die richtlinienkonforme Umsetzungsabsicht des Gesetzgebers zu vermuten ist, bewegt sich indes jenseits der Wortlautgrenze und damit im Bereich der Rechtsfortbildung. Damit die Vermutungsregel im Wege der Rechtsfortbildung begründet werden kann, muss das Unionsrecht daher planwidrig unvollständig sein. Gleichzeitig darf eine etwaige Rechtsfortbildung nicht die Kompetenzgrenzen der EU verletzen. Letzteres ist jedoch der Fall. Die EU besitzt nicht die Kompetenz, Vorgaben zu machen, wie der gesetzgeberische Wille im Auslegungsvorgang der nationalen Gerichte inhaltlich zu verstehen ist.⁴¹ Da ihr die Verbandskompetenz dazu nicht übertragen wurde und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt, verstößt die Rechtsfortbildung gegen Art. 5 Abs. 2 EUV und ist somit unzulässig. Zwar ist Brenncke zuzugeben, dass auch das Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung den Auslegungsvorgang der nationalen Gerichte beeinflusst.⁴² Jedoch besteht ein erheblicher qualitativer Unterschied⁴³: Das Gebot richtlinienkonformer Rechtsfindung gibt dem nationalen Gericht lediglich auf, ein richtlinienkonformes Rechtsfindungsergebnis im Rahmen des nach der nationalen Methodenlehre Zulässigen zu erreichen. Eine Vermutung richtlinienkonformer Regelungsabsicht hingegen gibt dem nationalen Gericht vor, *wie* es das Ergebnis zu erreichen hat. Mit der Vermutungsregel wird also die nationale Methodenlehre nicht als Rahmen akzeptiert, innerhalb dessen die richtlinienkonforme Rechtsfindung erfolgen muss, sondern der Rahmen selbst wird verändert. Die Vermutungsregel ist daher keine bloße Extension des Gebots richtlinienkonformer Rechtsfindung. Wie nationale Gerichte verschiedene Aus-

³⁹ Brenncke, EuR 2015, 440, 454 ff.; ders., in: JbJZ 2014, S. 11, 19 ff.; a. A. Herdegen, WM 2005, 1921, 1926.

⁴⁰ EuGH, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 112 = NZA 2004, 1145, Hervorhebung durch Verfasser.

⁴¹ Canaris, in: FS Bydliniski, S. 47, 61; Schürnbrand, JZ 2007, 910, 916; Weber, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, S. 93, 106; Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 104; vgl. Riesenhuber/Roth/Jopen, § 13 Rn. 30.

⁴² Brenncke, in: JbJZ 2014, S. 11, 18.

⁴³ Vgl. auch Brenncke, in: JbJZ 2014, S. 11, 19.

legungskriterien handhaben, ist eine Frage der Anwendung nationalen Rechts und des Verhältnisses der nationalen Judikative zur nationalen Legislative.⁴⁴ Die Kompetenz dazu haben die Mitgliedstaaten der EU auch nicht implizit mit der Kompetenz, Richtlinienrecht zu schaffen und durchzusetzen, übertragen.⁴⁵ Die Kompetenz, den Auslegungsvorgang des nationalen Richters zu gestalten, fällt allein den Mitgliedstaaten zu.

Ein Anzeichen dafür, dass der EuGH an seiner unzulässigen Rechtsfortbildung zum vermuteten Umsetzungswillen möglicherweise nicht mehr festhält, ist im Urteil zur Rechtssache *Adeneler* zu sehen.⁴⁶ Darin erläutert der EuGH ausführlich über vier Randnummern das Gebot der richtlinienkonformen Rechtsfindung, äußert sich jedoch nicht zum vermuteten Konformitätswillen. Wie das Schweigen zu interpretieren ist, ist allerdings offen, da der EuGH seine Rechtsprechungslinie aus *Wagner Miret*, *Pfeiffer* und auch *Björnekulla Fruktindustrier* nicht explizit aufgibt. Eine ausdrückliche Abkehr von der Rechtsprechungslinie wäre jedoch zu begrüßen, da ein aus unionsrechtlichen Gründen vermuteter Umsetzungswille die Grenzen der Rechtsfortbildung überschreitet und damit unzulässig ist.

c) Ergebnis: Vermutung des Willens der Tarifvertragsparteien zur Richtlinienkonformität als unzulässige Rechtsfortbildung

Da bereits keine Vermutungsregel für den Gesetzgeber aus dem Unionsrecht hergeleitet werden kann, kann für Tarifvertragsparteien erst recht keine Vermutungsregel auf Art. 288 Abs. 3 AEUV gestützt werden. Das gilt sowohl für private als auch für staatliche Tarifvertragsparteien. In beiden Fällen scheitert die Rechtsfortbildung jedenfalls an der fehlenden Verbandskompetenz der EU, den Auslegungsvorgang des nationalen Gerichts zu gestalten.

3. Ergebnis: Keine Vermutung eines Konformitätswillens der Tarifvertragsparteien

Somit lässt sich weder aus nationaler Perspektive noch durch Rückgriff auf Art. 288 Abs. 3 AEUV überzeugend die Vermutung begründen, dass Tarifvertragsparteien richtlinienkonforme Tarifvertragsregelungen schaffen wollen. Im Rahmen der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung kann daher nicht auf den vermuteten Willen rekurriert werden, dass die Tarifvertragsparteien richtlinienkonforme Regelungen treffen wollten. Deswegen kann eine Pflicht zur richtlinienkonformen

⁴⁴ *Canaris*, in: FS Bydlinski, S. 47, 61; vgl. *Schürnbrand*, JZ 2007, 910, 916.

⁴⁵ Vgl. zu impliziten Unionskompetenzen („implied powers“) GHN/*Bast*, Art. 5 EUV Rn. 21 und von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Kadelbach*, Art. 5 EUV Rn. 11 m. w. N.

⁴⁶ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (*Adeneler*), Slg. 2006, I-6091 = NJW 2006, 2465; siehe auch *Riesenhuber/Roth/Jopen*, § 13 Rn. 29.

Tarifvertragsauslegung und -fortbildung nicht auf den vermuteten Konformitätswillen gestützt werden, wie es die herrschende Meinung bei der verfassungskonformen Tarifvertragsauslegung macht.⁴⁷

IV. Keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung eines Tarifvertrags bei ermitteltem Konformitätswillen

Besitzen Tarifvertragsparteien tatsächlich den Willen, eine richtlinienkonforme Tarifnorm zu vereinbaren, kommt es in Betracht, dass die deutschen Gerichte deswegen verpflichtet sind, den Tarifvertrag richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Erforderlich ist dafür aber, dass die Tarifvertragsparteien den entsprechenden Willen gebildet haben und er ermittelt werden kann.

Zunächst hängt die Frage, ob ein Konformitätswille die Gerichte *verpflichtet*, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, aber davon ab, ob die Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung verbindlich sind. Methodenregeln sind in Deutschland grundsätzlich nicht rechtsverbindlich⁴⁸, sondern Klugeheitsregeln.⁴⁹ Die nach der herrschenden Meinung für die Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen geltenden Maßstäbe sind auch bislang nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt, weil sie keine allgemeine Überzeugung des Rechtsverkehrs bilden, sondern ihnen widersprochen wird.⁵⁰ Dennoch gibt das geschriebene Recht einen Rahmen für die Methodenregeln vor.⁵¹ Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich für die Tarifvertragsauslegung und -fortbildung etwa die Maxime entnehmen, dass der Wille der Tarifvertragsparteien maßgeblich ist.⁵² Dass diese Maxime mit anderen Interessen wie der Rechtssicherheit der Normunterworfenen in Ausgleich zu bringen ist, ändert nichts daran, dass Art. 9 Abs. 3 GG der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung verbindlich das Ziel vorgibt, den Willen der Tarifvertragsparteien möglichst zur Geltung zu bringen. Auch wenn die Gesamtheit der für Tarifverträge geltenden Auslegungs- und Fortbildungsmaßstäbe nicht verbindlich ist, ist der Wille der Tarifvertragsparteien für Gerichte also hinreichend verbindlich, um auf ihn eine Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung stützen zu können.

Wird ein Konformitätswille der Tarifvertragsparteien ermittelt, kann dieser jedoch nur dann eine *Pflicht* zur richtlinienkonformen Rechtsfindung begründen, wenn er stets gegenüber den anderen Regelungsabsichten der Tarifvertragsparteien

⁴⁷ Siehe dazu oben 2. Teil 1. Kapitel E. I. 1. (S. 140).

⁴⁸ *Larenz*, Methodenlehre, S. 248; *Franzen*, Privatrechtsangleichung, S. 313.

⁴⁹ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 56.

⁵⁰ Zu den Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 214 ff.; zur fehlenden Gewohnheitsrechtseigenschaft der Auslegungsmethode für Gesetze *Larenz*, Methodenlehre, S. 248; zu den unterschiedlichen Ansichten zur Tarifvertragsauslegung siehe oben 1. Teil 3. Kapitel (S. 91 ff.).

⁵¹ Vgl. *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rn. 52.

⁵² Vgl. *Liedmeier*, Auslegung und Fortbildung, S. 69.

vorrangig ist. Insofern kann eine Parallele zur Diskussion bei der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung und -fortbildung gezogen werden.⁵³ Dort wird vor allem bei der Rechtsfortbildung diskutiert, ob sich ein genereller oder konkreter Umsetzungswille des Gesetzgebers gegen dessen Regelungswillen durchsetzt. Dabei wird unter dem Umsetzungswillen der Wille verstanden, eine Richtlinie ordnungsgemäß umsetzen zu wollen. Generell ist der Umsetzungswille, wenn der Gesetzgeber lediglich abstrakt bekundet, die Richtlinie umsetzen zu wollen. Konkret ist der Umsetzungswille hingegen, wenn sich der Gesetzgeber damit auseinandersetzt, ob eine spezielle Regelung richtlinienkonform ist. Unter dem Regelungswillen ist dagegen die konkrete Sachentscheidung für eine Norm zu verstehen. Zwar geht die Rechtsprechung teilweise davon aus, dass sich nicht nur ein konkreter, sondern auch ein genereller Umsetzungswille gegen den Regelungswillen durchsetzt. Diese Sichtweise ist jedoch abzulehnen.⁵⁴ Der Regelungswille ist stets vorrangig. Er ist entscheidend für die vom Gesetzgeber getroffene Regelung. Der Umsetzungswille hingegen ist bloßes Motiv der Entscheidung, aber nicht die Entscheidung selbst. Dieser Gedanke ist auf die Tarifvertragsauslegung und -fortbildung zu übertragen. Selbst wenn ein konkreter Konformitätswille ermittelt werden kann, trägt er nicht maßgeblich die getroffene Tarifregelung. Der für die Tarifnorm maßgebliche Wille ist der Regelungswille, also die Sachentscheidung für eine bestimmte Regelung. Diese Entscheidung darf nicht überspielt werden, indem sie durch Verweis auf ein Entscheidungsmotiv abgeändert wird. Sowohl bei der Auslegung als auch bei der Fortbildung des Tarifvertrags ist der Regelungswille der Tarifvertragsparteien gegenüber einem ermittelten Konformitätswillen vorrangig.

Selbst wenn Gerichte also einen Konformitätswillen der Tarifvertragsparteien ermitteln können, verpflichtet es sie nicht, den Tarifvertrag richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

V. Ergebnis: Wille der Tarifvertragsparteien zur richtlinienkonformen Regelung als untauglicher Anknüpfungspunkt

Entgegen der Auffassung eines Teils der Literatur sind Tarifverträge nicht deshalb richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, weil sich die Tarifvertragsparteien richtlinienkonform verhalten wollten.

Die Vermutung, Tarifvertragsparteien wollten richtlinienkonforme Tarifverträge abschließen, ist eine unzulässige Fiktion. Im Zeitpunkt des Tarifvertragschlusses ist für die Tarifvertragsparteien nur selten vorhersehbar, welche Vorgaben der EuGH Richtlinienbestimmungen entnehmen wird. Unterstellt man den Tarifvertragsparteien trotz dieser Unvorhersehbarkeit, den Richtlinienvorgaben

⁵³ Siehe dazu 1. Teil 2. Kapitel C. II. 2. b) bb) und D. III. 2. (S. 71 ff., 86 ff.) mit Nachweisen für die verschiedenen Auffassungen.

⁵⁴ Dazu näher oben 1. Teil 2. Kapitel D. III. 2. (S. 86 ff.).

entsprechen zu wollen, wird der Tarifvertrag zumindest teilweise zu einer leeren Hülle, die nationale Gerichte mit der Rechtsprechung des EuGH ausfüllen. Die Autonomie der Tarifvertragsparteien würde beiseitegeschoben. Lehnt man eine Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien richtigerweise ab, liegt die Vermutung des richtlinienkonformen Verhaltens noch ferner. Es ist auch unionsrechtlich nicht geboten, zu vermuten, dass die Tarifvertragsparteien richtlinienkonforme Regelungen vereinbaren wollten. Eine solche auf Art. 288 Abs. 3 AEUV gestützte Vermutungsregel ist eine unzulässige Rechtsfortbildung, da der EU die Verbandskompetenz fehlt, den Auslegungsvorgang des nationalen Gerichts auszugestalten und inhaltliche Vorgaben zum Willen der Tarifvertragsparteien zu machen.

Selbst wenn einmal durch Auslegung ermittelt wird, dass die Tarifvertragsparteien im konkreten Fall eine richtlinienkonforme Regelung treffen wollten, verpflichtet das die Gerichte nicht dazu, den Tarifvertrag richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden. Maßgeblich für die Gerichte ist der Regelungswille der Tarifvertragsparteien, also die konkrete Sachentscheidung, und nicht ein hinter der Sachentscheidung stehendes Motiv.

Beispielsfall: Der AGV Bau und G haben den TV am 2. 7. 2018 abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt war offen, ob es Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG widerspricht, dass Kurzarbeitszeiten das Urlaubsentgelt mindern. Das entsprechende Urteil des EuGH in der Rechtssache *Hein* erging erst am 13. 12. 2018. Mangels weiterer Anhaltspunkte kann dem AGV Bau und G nicht unterstellt werden, Kurzarbeitszeiten bei der Berechnung des Urlaubsentgelts nach dem TV ausblenden zu wollen, wie es § 11 Abs. 1 S. 3 BurlG macht. Für die Tarifvertragsparteien war nicht vorhersehbar, wie der EuGH urteilen würde. Ihnen trotzdem zu unterstellen, am 2. 7. 2018 das regeln zu wollen, was der EuGH erst fünf Monate später als richtlinienkonform erkannt hat, ist eine unzulässige Fiktion. Diese Fiktion ist unionsrechtlich nicht geboten, da dazu Art. 288 Abs. 3 AEUV in unzulässiger Weise fortgebildet werden müsste.

Richtlinienkonform wäre § 8 Nr. 4.1 TV, wenn das in den letzten sechs Monaten ohne Kurzarbeit geschuldete Gehalt zugrunde gelegt würde. Selbst wenn die Auslegung des TV ergeben würde, dass der AGV Bau und G einen richtlinienkonformen Tarifvertrag oder insbesondere eine richtlinienkonforme Urlaubsregelung vereinbaren wollten, würde das jedoch keine Pflicht begründen, § 8 Nr. 4.1 TV richtlinienkonform auszulegen. Für die Auslegung ist nicht der mögliche Konformitätswille, sondern der tatsächliche Regelungswille der Tarifvertragsparteien maßgeblich, der in § 8 TV zum Ausdruck kommt. Nach diesem Regelungswille der Tarifvertragsparteien kommt es für die Berechnung der Urlaubsvergütung auf die *tatsächlich geschuldete* Leistung des Arbeitgebers an.

Dass die Leistungen des Arbeitgebers maßgeblich sein sollen, wird aus dem Wort „Bruttolohn“ deutlich. Unter „Lohn“ sind keine staatlichen Leistungen wie das Kurzarbeitergeld, sondern nur Leistungen zu verstehen, die der Arbeitgeber schuldet. Auch der Wortbestandteil „brutto“ spricht dagegen, das Kurzarbeitergeld zu berücksichtigen, da das Kurzarbeitergeld gemäß § 3 Nr. 2 lit. a EStG steuerfrei ist.

Daneben verdeutlicht das Zusammenspiel mit § 8 Nr. 5.1 TV, dass allein *tatsächlich geschuldete* Leistungen bei der Urlaubsvergütung berücksichtigt werden. § 8 Nr. 5.1 TV sieht für den Fall, dass Saison-Kurzarbeitergeld gezahlt wird, eine Mindesturlausvergütung

vor. Damit trifft der TV eine Regelung für eine Situation, in der der Arbeitnehmer keine Leistung vom Arbeitgeber, sondern vom Staat erhält. § 8 Nr. 5.1 TV soll die Urlaubsvergütung auch nicht erhöhen, sondern nur eine Mindestvergütung sicherstellen. Soll eine Mindestvergütung sichergestellt werden, kann der ohne Kurzarbeit erhaltene Lohn nicht in die Berechnung gemäß § 8 Nr. 4.1 TV einbezogen werden. Ansonsten würde § 8 Nr. 5.1 TV keine Mindest-, sondern eine Zusatzurlaubsvergütung regeln. § 8 Nr. 4.1 TV stellt also auf den tatsächlich erhaltenen Bruttolohn ab.

Der Regelungswille des AGV Bau und der G geht somit dahin, dass die Urlaubsvergütung allein auf Grundlage tatsächlich geschuldeter Arbeitgeberleistungen zu berechnen ist. Dieser Regelungswille der Tarifvertragsparteien geht einem Konformitätswillen vor. Daher besteht, selbst wenn ein Konformitätswille der Tarifvertragsparteien ermittelt werden kann, keine Pflicht, § 8 Nr. 4 TV aufgrund des Konformitätswillens richtlinienkonform auszulegen. Auf dieser Grundlage steht A also kein Anspruch auf ein höheres Urlaubsentgelt als die richtlinienwidrigen 768 € zu.

B. Keine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung aufgrund etwaiger Ermessensreduzierung

Der mutmaßliche oder tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien, richtlinienkonforme Regelungen zu vereinbaren, verpflichtet also nicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung. Eng mit diesem Ansatz verbunden ist eine von der verfassungskonformen Tarifvertragsfortbildung bekannte Idee: Tarifverträge sollen verfassungskonform fortzubilden sein, weil die Tarifvertragsparteien nur auf eine Weise dem Gleichheitssatz Rechnung tragen können.⁵⁵ Die Tarifvertragsfortbildung wird damit darauf gestützt, dass das Regelungsermessen der Tarifvertragsparteien auf nur eine Regelungsmöglichkeit reduziert ist.

Eine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung kann jedoch nicht damit begründet werden, dass das Ermessen der Tarifvertragsparteien „auf null“, d. h. auf die einzige richtlinienkonforme Regelungsmöglichkeit reduziert ist. Das Regelungsermessen der Tarifvertragsparteien kann eine Norm nur dann beeinflussen, wenn die Tarifvertragsparteien an diese Norm gebunden sind. Das ist jedenfalls bei Richtlinien nicht der Fall. Private Tarifvertragsparteien sind nicht richtliniengebunden.⁵⁶ Ohne an Richtlinien gebunden zu sein, schränken Richtlinien das Regelungsermessen der Tarifvertragsparteien nicht ein. Jedenfalls deswegen kann eine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung nicht mit einer Ermessensreduzierung der Tarifvertragsparteien begründet werden. Zwar kann die Richtlinienbindung staatlicher Tarifvertragsparteien deren Regelungsermessen einschränken. Ihr Vertragspartner hingegen, die Gewerkschaft, ist nicht richtliniengebunden. Sie verfügt über ein nicht durch Richtlinien eingeschränktes Regelungsermessen. Jedenfalls mangels beidseitiger Ermessensreduzierung ist auch ein Tarifvertrag,

⁵⁵ Siehe dazu oben 2. Teil 1. Kapitel E. I. 2. (S. 141 ff.).

⁵⁶ 2. Teil 2. Kapitel C. (S. 173 ff.).

an dem eine staatliche Tarifvertragspartei beteiligt ist, daher nicht aufgrund einer Ermessensreduzierung richtlinienkonform fortzubilden.

C. Nationale Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit – Auswirkungen unmittelbarer Richtlinienwirkung

Abschließend soll ein bislang nicht ausführlicher diskutierter Ansatz⁵⁷ für eine *nationale* Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen näher untersucht werden: eine nationale Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit.

Im Bereich verfassungskonformer Rechtsfindung ist eine Vorrangregel zum Normerhalt anerkannt. Mit ihr kann es dadurch vermieden werden, eine potentiell verfassungswidrige Gesetzesnorm für nichtig zu erklären, dass die verfassungskonformen Auslegungsvarianten den verfassungswidrigen vorzuziehen sind. Zwar ist eine richtlinienwidrige Tarifvertragsbestimmung nicht nichtig.⁵⁸ Sie kann aber unanwendbar sein, wenn eine Richtlinie unmittelbar wirkt. Droht eine Tarifvertragsbestimmung unanwendbar zu sein, ist es denkbar, sie richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, um sie vor der Unanwendbarkeit zu schützen.⁵⁹ Die mögliche Vorrangregel würde daher anders als bei der verfassungskonformen Rechtsfindung die *Anwendbarkeit* der Tarifvertragsbestimmung erhalten und nicht die Tarifvertragsbestimmung selbst.

Untersucht wird also, ob der Gedanke des Normerhalts, der der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung zugrunde liegt, auch die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifvertragsbestimmungen rechtfertigt, wenn den tariflichen Regelungen die Unanwendbarkeit droht.⁶⁰ Dabei geht es nur darum, ob das Argumentationsmuster zur Begründung einer Methodenregel übertragbar ist. Dem steht die privatautonome Legitimation der Tarifvertragsgeltung nicht entgegen. Das Argumentationsmuster zur Begründung einer methodischen

⁵⁷ Siehe HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 149, dem zufolge die unionsrechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst „um der Geltungserhaltung des Tarifrechts willen“ geboten ist; vgl. *Wißmann*, in: FS Bepler, S. 649, 654 f., 658; vgl. ErfK/*Schlachter*, Vorbem. AEUV Rn. 42.

⁵⁸ BAG, Urteil v. 14. 10. 2004 – 6 AZR 535/03, ZTR 2005, 144, 145.

⁵⁹ Vgl. HMB/Bepler, Teil 3 Rn. 149, der eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung befürwortet, wenn „Richtlinien Arbeitnehmer unmittelbar berechtigen, also im Verhältnis zu einem öffentlichen Arbeitgeber“.

⁶⁰ Vgl. *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung, S. 18, dem zufolge wirtschaftlich gleich starken Parteien aufgrund des Grundsatzes der Privatautonomie ein vergleichbares Maß an Respekt wie dem Gesetzgeber entgegenzubringen ist. Rechtsgeschäften, denen eine Richtigkeitsgewähr oder -chance zukomme, sollen daher gesetzeskonform auszulegen sein.

Regel kann auf Tarifverträge übertragbar sein, ohne damit die privatautonome Legitimation anzweifeln und der Delegationstheorie folgen zu müssen.

I. Begründung verfassungskonformer Rechtsfindung

Gedanklicher Ausgangspunkt dieses Abschnitts ist die Begründung der verfassungskonformen Auslegung (dazu unter 1.) und Fortbildung von Gesetzen (dazu unter 2.).

1. Begründung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung

Früher wurde die verfassungskonforme Gesetzesauslegung auf einen mutmaßlichen gesetzgeberischen Willen gestützt.⁶¹ Heute begründet die herrschende Meinung die verfassungskonforme Gesetzesauslegung regelmäßig mit dem Respekt vor der Legislative.⁶² Dieser gebiete es, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen so viel wie möglich von dem aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt habe.⁶³ Dahinter steht der Gedanke des Normerhalts (*favor legis*).⁶⁴ Hält

⁶¹ BVerfG, Beschluss v. 7.5.1953 – 1 BvL 104/52, BVerfGE 2, 266, 282 = NJW 1953, 1057; Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 108 f., der sich zusätzlich auf den Stufenbau der Rechtsordnung beruft; vgl. Imboden, in: FS H. Huber, S. 133, 139, der die Vermutung nur als eine von drei sekundären Begründungen ansieht.

⁶² BVerfG, Beschluss v. 3.6.1992 – 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, BVerfGE 86, 288, 320 = NJW 1992, 2947; BVerfG, Beschluss v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90, BVerfGE 90, 263, 275 = NJW 1994, 2475; BVerfG, Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, BVerfGE 110, 226, 267 = NJW 2004, 1305; BVerfG, Beschluss v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935 Rn. 150; Canaris, in: FS R. Schmidt, S. 41, 42 f.; Kuhlen, Verfassungskonforme Auslegung, S. 9 f.; Drüen, StuW 2012, 269, 271; Herresthal, JuS 2014, 289, 296; MSKB/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 263; vgl. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung, S. 17; dagegen die verfassungskonforme Auslegung ablehnend Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, S. 185 ff.

⁶³ BVerfG, Beschluss v. 9.8.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148, 157 = NJW 1979, 151; BVerfG, Beschluss v. 3.6.1992 – 2 BvR 1041/88, 2 BvR 78/89, BVerfGE 86, 288, 320 = NJW 1992, 2947; BVerfG, Beschluss v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90, BVerfGE 90, 263, 275 = NJW 1994, 2475; BVerfG, Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, BVerfGE 110, 226, 267 = NJW 2004, 1305; BVerfG, Beschluss v. 19.9.2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 274 = NVwZ 2007, 1396; BVerfG (K), Beschluss v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14 u. a., NZWiSt 2015, 469 Rn. 46; BVerfG, Beschluss v. 22.3.2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935 Rn. 150; vgl. Herresthal, JuS 2014, 289, 296; vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 763.

⁶⁴ BVerfG, Beschluss v. 9.8.1978 – 2 BvR 831/76, BVerfGE 49, 148, 157 = NJW 1979, 151; BVerfG, Beschluss v. 27.3.2012 – 2 BvR 2258/09, BVerfGE 130, 372 Rn. 73 = NJW 2012, 1784; Zippelius, in: BVerfG und GG Bd. II, S. 108, 110 f.; Geis, NVwZ 1992, 1025, 1026; Voßkuhle, AöR 125 (2000), 177, 183; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 191 ff.; Drüen, StuW 2012, 269, 272; Herresthal, JuS 2014, 289, 296; MSKB/Bethge, § 31 BVerfGG Rn. 261, 263; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 763.

ein Gericht eine Norm für verfassungswidrig, muss es sie dem BVerfG gemäß Art. 100 GG vorlegen. Dieses erklärt die Norm für nichtig oder mit dem Grundgesetz unvereinbar, wenn sie verfassungswidrig ist. Mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit beschädigt das BVerfG aber das Ansehen des Gesetzgebers.⁶⁵ Nutzt die Rechtsprechung demgegenüber die ihr zustehenden Rechtsfindungsspielräume so weit wie möglich, um eine Gesetzesnorm nicht für verfassungswidrig erklären zu müssen, schützt sie die Autorität und Autonomie des Gesetzgebers.⁶⁶ Dadurch werden außerdem die Kompetenzen von Legislative und Judikative funktionsgerecht voneinander abgegrenzt und der in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegte Vorrang der Gesetzgebung vor der Rechtsprechung gewahrt.⁶⁷ Erklären Gerichte hingegen Normen für nichtig, die im Verdacht stehen, verfassungswidrig zu sein, entstehen Regelungslücken, die die Rechtsprechung mit Richterrecht füllen kann.⁶⁸ Dadurch wird die Bindung an die gesetzgeberische Entscheidung weiter zurückgedrängt, als wenn eine Norm verfassungskonform ausgelegt wird. Gleichzeitig leidet die Rechtssicherheit.⁶⁹ Daneben stützt das BVerfG das Gebot verfassungskonformer Auslegung in manchen Entscheidungen auch auf die die weder rechtlich noch tatsächlich näher begründete „grundsätzliche Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes“.⁷⁰

Andere stellen ergänzend⁷¹ oder ausschließlich⁷² auf die Gedanken der Einheit und des Stufenbaus der Rechtsordnung ab. Innerhalb der Rechtsordnung sollen Normwidersprüche vermieden und aufgelöst werden.⁷³ Dabei sollen Widersprüche zwischen Verfassung und Gesetz zugunsten der Verfassung aufzulösen sein, weil

⁶⁵ *Canaris*, in: FS R. Schmidt, S. 41, 43.

⁶⁶ *Canaris*, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 149; vgl. *Vofßkuhle*, AöR 125 (2000), 177, 183 f., nach dem die Schonung des Gesetzgebers ins Gegenteil verkehren kann, wenn Gerichte die Grenzen der Rechtsfindung nicht beachten; vgl. zur Frage der Kompetenzverteilung zwischen den Fachgerichten und dem BVerfG bei der verfassungskonformen Auslegung *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 197 ff. m. w. N.

⁶⁷ *Canaris*, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 149, 151 f.; vgl. *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 195 f.; vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 763.

⁶⁸ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 195.

⁶⁹ *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 196; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 763.

⁷⁰ *BVerfG*, Beschluss v. 14. 10. 2008 – 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, 39, 60 = NJW 2009, 209; *BVerfG*, Beschluss v. 22. 3. 2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935 Rn. 150; vgl. bereits *BVerfG*, Beschluss v. 7. 5. 1953 – 1 BvL 104/52, BVerfGE 2, 266, 282 = NJW 1953, 1057; kritisch dazu mit Recht *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 185 f.

⁷¹ *Kuhlen*, Verfassungskonforme Auslegung, S. 9; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 187 ff., 196; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 763; vgl. *Zippelius*, in: BVerfG und GG Bd. II, S. 108, 109, wobei nach seiner Auffassung bereits der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung ausreicht, die verfassungskonforme Gesetzesauslegung zu begründen.

⁷² *Imboden*, in: FS H. Huber, S. 133, 142; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 457; *Stern*, Staatsrecht III/2, § 90 II 3 a; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 2 Rn. 81.

⁷³ *HSiR V/Ossenbühl*, § 100 Rn. 85; vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, S. 16f.

die Verfassung im Rang über dem einfachen Gesetz steht.⁷⁴ Jedoch kann die verfassungskonforme Auslegung einer Gesetzesnorm nicht allein mit Blick auf Einheit und Stufenbau der Rechtsordnung begründet werden, da der Konflikt zwischen der ranghöheren Verfassung und dem einfachen Gesetz auch gelöst werden kann, indem das einfache Gesetz für nichtig erklärt wird.⁷⁵ Skouris ist daher zuzustimmen, dass die Einheit der Rechtsordnung die verfassungskonträre Auslegung verbietet, nicht aber die verfassungskonforme Auslegung gebietet.⁷⁶ Dass eine ranghöhere Norm eine Norm niedrigeren Rangs derogiert, ist notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung der verfassungskonformen Gesetzesauslegung.⁷⁷

Eine Gesetzesnorm wird verfassungskonform ausgelegt, wenn sie mehrdeutig ist.⁷⁸ Ist das der Fall, sind die verfassungswidrigen Auslegungsmöglichkeiten auszuschließen.⁷⁹ Es sind also die nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässigen⁸⁰ Auslegungsergebnisse vorzuziehen, die zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führen.⁸¹ Mithin besteht nach Aussage des BVerfG eine Vorrangregel zugunsten der verfassungskonformen Auslegungsergebnisse. Nach anderer Ansicht soll die Vorrangregel in den Auslegungsvorgang selbst eingreifen.⁸² Es sei dem Auslegungskriterium oder den Auslegungskriterien ein absoluter Vorrang einzuräumen, das bzw. die zu einem verfassungskonformen Ergebnis führt bzw. führen.

2. Begründung der verfassungskonformen Gesetzesfortbildung

Gesetzesnormen, die sich am Rande der Verfassungswidrigkeit bewegen, werden nicht nur verfassungskonform ausgelegt. Überwiegend wird auch eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung befürwortet. Jedoch wird die verfassungskonforme Gesetzesfortbildung weitaus kontroverser beurteilt als die verfassungskonforme

⁷⁴ Kuhlen, Verfassungskonforme Auslegung, S. 9.

⁷⁵ Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung, S. 15; Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 25 f.; Voßkuhle, AöR 125 (2000), 177, 183; Canaris, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 148; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 190 f.

⁷⁶ Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, S. 101; vgl. Michel, JuS 1961, 274, 275 f.

⁷⁷ Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 189 ff.

⁷⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 15. 6. 1983 – 1 BvR 1025/79, BVerfGE 64, 229, 242 = NJW 1983, 2811; vgl. BVerfG, Urteil v. 24. 4. 1985 – 2 BvF 2/83 u. a., BVerfGE 69, 1, 55 = NJW 1985, 1519; vgl. BVerfG, Beschluss v. 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 274 = NVwZ 2007, 1396; vgl. BVerfG, Beschluss v. 22. 3. 2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935 Rn. 150; Roth, NVwZ 1998, 563, 564; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 175; ders., RdA 2018, 321, 329.

⁷⁹ Roth, NVwZ 1998, 563, 564; Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 176; ders., RdA 2018, 321, 329.

⁸⁰ BVerfG, Beschluss v. 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 274 = NVwZ 2007, 1396; Höpfner, RdA 2018, 321, 329.

⁸¹ BVerfG, Beschluss v. 8. 3. 1972 – 2 BvR 28/71, BVerfGE 32, 373, 383 f. = NJW 1972, 1123; BVerfG, Urteil v. 24. 4. 1985 – 2 BvF 2/83 u. a., BVerfGE 69, 1, 55 = NJW 1985, 1519; BVerfG, Beschluss v. 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247, 274 = NVwZ 2007, 1396; vgl. BVerfG, Beschluss v. 22. 3. 2018 – 2 BvR 780/16, NJW 2018, 1935 Rn. 150.

⁸² Herresthal, JuS 2014, 289, 296.

Gesetzesauslegung. Die Konfliktlinie verläuft dabei nicht nur zwischen denjenigen, die eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung für zulässig und geboten halten, und denjenigen, die eine solche ablehnen. Auch im Kreis der Befürworter einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung wird gestritten – darüber, was unter verfassungskonformer Rechtsfortbildung zu verstehen ist und was sie bewirkt.

Die Kritiker einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung stellen vor allem darauf ab, dass sich das BVerfG in die Rolle eines „Ersatzgesetzgebers“ begeben, wenn es Gesetzesnormen verfassungskonform fortbilde.⁸³ Als Begründung dafür wird die in § 31 BVerfGG geregelte Bindungswirkung und Gesetzeskraft bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen genannt. Recht zu setzen, sei Aufgabe der Legislative und nicht der Gerichte.⁸⁴ Damit wird auch die Gewaltenteilung als Argument gegen eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung angeführt.⁸⁵ Im Übrigen wird teilweise gefordert, dass die Gerichte gesetzlich ermächtigt sein müssten, das Recht verfassungskonform fortzubilden.⁸⁶ Da eine solche Ermächtigung fehle, sei die verfassungskonforme Rechtsfortbildung abzulehnen.⁸⁷

Die überwiegende Auffassung einschließlich des BVerfG befürwortet es demgegenüber, Gesetze verfassungskonform fortzubilden.⁸⁸ Sprachlich verdeutlicht es das BVerfG jedoch nur in wenigen Entscheidungen, dass es eine Gesetzesnorm verfassungskonform fortbildet.⁸⁹ In zahlreichen Entscheidungen bezeichnet es sein Vorgehen als (verfassungskonforme) Auslegung, obwohl es der Sache nach Gesetzesnormen verfassungskonform fortbildet. Beispielhaft für die verfassungskonforme Rechtsfortbildung stehen aus letzter Zeit etwa die Entscheidungen zum

⁸³ Geis, NJW 1992, 2938, 2939; Voßkuhle, AöR 125 (2000), 177, 198; vgl. Stern, NJW 1958, 1435.

⁸⁴ Vgl. Voßkuhle, AöR 125 (2000), 177, 198; vgl. Geis, NJW 1992, 2938, 2939.

⁸⁵ Vgl. Stern, NJW 1958, 1435; vgl. Geis, NJW 1992, 2938, 2939.

⁸⁶ Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, S. 182 f., 250 ff., vgl. zu den rechtstheoretischen Grundlagen ihrer Dissertation, S. 136 ff.

⁸⁷ Lembke, Einheit aus Erkenntnis?, S. 250 ff.

⁸⁸ Etwa BVerfG, Beschluss v. 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11, BVerfGE 138, 64 Rn. 93 = NVwZ 2015, 510; BAG, Beschluss v. 29.6.2011 – 7 ABR 15/10, NZA 2012, 408 Rn. 12 ff. = BAGE 138, 223; Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, S. 71 ff.; Zippelius, in: BVerfG und GG Bd. II, S. 108, 121 ff.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 267 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 161; Looschelders/Roth, JZ 1995, 1034, 1044; dies., Juristische Methodik, S. 242 f.; Roth, NVwZ 1998, 563, 566; Canaris, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 155 ff.; Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, S. 130; Drüen, StuW 2012, 269, 278 f.; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG Rn. 67; vgl. Herresthal, JuS 2014, 289, 297, dem zufolge die verfassungskonforme Reduktion zulässig, die verfassungskonforme Analogie nur ausnahmsweise zulässig sein soll.

⁸⁹ BVerfG, Urteil v. 30.3.2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, BVerfGE 110, 226, 267 = NJW 2004, 1305 („verfassungskonform einengende Auslegung“); BVerfG (K), Beschluss v. 14.1.2005 – 2 BvR 1975/03, NJW 2005, 1707, 1708 („verfassungskonformen Reduktion“); vgl. BVerfG (K), Beschluss v. 27.6.2014 – 2 BvR 429/12, NJW 2014, 2777 Rn. 40 („keine verfassungskonforme Reduktion“).

Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG⁹⁰ und zum Tarifeinheitsgesetz⁹¹. Gerechtfertigt wird die verfassungskonforme Rechtsfortbildung regelmäßig damit, dass der Norm ansonsten die Verfassungswidrigkeit drohe.⁹² Auf diese Weise dient die Verfassung sowohl als Begründung für das Bestehen einer Lücke als auch als Maßstab der Lückenfüllung. Ein Verfassungsverstoß soll eine ausfüllungsbedürftige Lücke begründen, die anhand der Verfassung zu schließen sein soll, wenn nicht die Rechtsfindungsgrenzen erreicht sind.⁹³ Das Entsprechende auch dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers, weil das Gesetz ansonsten für nichtig erklärt werden müsste.⁹⁴

Unter den Befürwortern einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung wird nur vereinzelt ein engeres Verständnis verfassungskonformer Rechtsfortbildung vertreten. Nach Koch und Rüßmann ist die verfassungskonforme Rechtsfortbildung nur eine Vorrangregel zwischen mehreren möglichen und zulässigen Rechtsfortbildungen.⁹⁵ Seien verschiedene Fortbildungen nach allgemeiner Methodenlehre zulässig, könne die Beachtung der Verfassung dazu führen, Alternativen auszuscheiden.⁹⁶

Richtigerweise ist das Institut einer verfassungskonformen Reduktion überflüssig.⁹⁷ Die verfassungskonforme Reduktion einer Gesetzesnorm erfüllt dieselbe Funktion wie eine dem BVerfG bereits zustehende Handlungsmöglichkeit: die der Teilnichtigkeitserklärung.⁹⁸ In einem Normenkontrollverfahren etwa ist das BVerfG nicht nur berechtigt ein Gesetz oder eine Norm insgesamt für nichtig, sondern auch teilweise für nichtig zu erklären.⁹⁹ Neben dieser bereits bestehenden Hand-

⁹⁰ BVerfG, Beschluss v. 6. 6. 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 (Vorbeschäftigungsverbot), NZA 2018, 774 Rn. 44 ff. (Einschränkung des Anwendungsbereichs „durch verfassungskonforme Auslegung“, Rn. 63); kritisch dazu Höpfner, RdA 2018, 321, 331 f.

⁹¹ BVerfG, Urteil v. 11. 7. 2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. (Tarifeinheitsgesetz), BVerfGE 146, 71 Rn. 194 ff. = NZA 2017, 915; dazu zu Recht kritisch Höpfner, RdA 2018, 321, 332 ff.

⁹² Vgl. etwa BVerfG, Beschluss v. 6. 6. 2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 55 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 161; Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 242 f.; Roth, NVwZ 1998, 563, 566; Canaris, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 155, 157; Drüen, StW 2012, 269, 278 f.; Herresthal, JuS 2014, 289, 297.

⁹³ Zu den Rechtsfindungsgrenzen bei verfassungskonformer Rechtsfortbildung Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 243, Roth, NVwZ 1998, 563, 566 und Canaris, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 158 f.; kritisch zum praktischen Umgang des BVerfG mit den Grenzen verfassungskonformer Rechtsfindung Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 46 ff.

⁹⁴ Looschelders/Roth, Juristische Methodik, S. 243.

⁹⁵ Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 267 f.

⁹⁶ Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 268.

⁹⁷ Kamanabrou, JZ 2018, 886, 889; zustimmend Höpfner, RdA 2018, 321, 335 Fn. 226.

⁹⁸ Kamanabrou, JZ 2018, 886, 888 f.; vgl. Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 446, 387; vgl. MSKB/Bethge, § 78 BVerfGG Rn. 95; vgl. Bettermann, Die verfassungskonforme Auslegung, S. 31 f.

⁹⁹ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 384; MSKB/Bethge, § 78 BVerfGG Rn. 34.

lungsoption ist die funktional äquivalente verfassungskonforme Reduktion daher als überflüssig abzulehnen.¹⁰⁰ Zwar können Fachgerichte folglich Gesetzesnormen nicht verfassungskonform reduzieren. Das ist jedoch mit Blick auf das Normverwerfungsmonopol des BVerfG auch folgerichtig.

Anders als die verfassungskonforme Reduktion besitzt die verfassungskonforme Analogie kein funktionales Äquivalent, das dem BVerfG bereits zur Verfügung steht. Mit der verfassungskonformen Analogie könnte eine Norm auf einen nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalt erstreckt werden, um Verfassungskonformität herzustellen.¹⁰¹ Jedoch rechtfertigt der Gedanke des Normerhalts die verfassungskonforme Analogie nicht, soweit die bestehenden Normen verfassungskonform sind und es lediglich darum geht, den Regelungsbereich einer Norm zu erstrecken.¹⁰² Eine verfassungskonforme Analogie ist nur geboten, wenn eine bestehende Norm ansonsten verfassungswidrig und damit (teilweise) nichtig ist.

Daneben besteht ein weiterer schmaler Anwendungsbereich verfassungskonformer Rechtsfortbildung. Gibt es verschiedene Möglichkeiten, eine Gesetzeslücke zu schließen, sind mit Koch und Rüßmann die verfassungswidrigen Möglichkeiten der Lückenschließung auszusondern.

II. Nationale Vorrangregel als Konsequenz drohender Unanwendbarkeit in Anlehnung an die verfassungskonforme Auslegung und Fortbildung von Gesetzen

Nachdem das argumentatorische Fundament der verfassungskonformen Rechtsfindung dargestellt ist, kann der im Ausgangspunkt des Abschnitts stehende Gedanke auf seine Überzeugungskraft untersucht werden: Besteht in Anlehnung an die verfassungskonforme Rechtsfindung eine nationale Vorrangregel, die zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen führt? Diese nationale Vorrangregel würde im Rahmen des Vorgangs der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung Kriterien, die zum richtlinienkonformen Ergebnis führen, den absoluten Vorrang einräumen. Auf diese Weise würde sichergestellt, dass die Tarifvertragsauslegung oder -fortbildung zu einem richtlinienkonformen Ergebnis gelangt.

¹⁰⁰ A. A. *Canaris*, in: FS E. A. Kramer, S. 141, 157 f.; *Herresthal*, JuS 2014, 289, 298.

¹⁰¹ *Herresthal*, JuS 2014, 289, 297.

¹⁰² Vgl. *Herresthal*, JuS 2014, 289, 297.

1. Unanwendbarkeit richtlinienwidriger Tarifvertragsbestimmungen als Folge unmittelbarer vertikaler Richtlinienwirkung

Notwendige Voraussetzung verfassungskonformer Gesetzesauslegung ist, dass die ranghöhere Verfassungsnorm die rangniedrigere Gesetzesnorm derogiert. Dieser notwendige „Derogationszusammenhang“¹⁰³ ist zwischen einer Verfassungsbestimmung und einer Gesetzesnorm gegeben. Eine gegen die Verfassung verstoßende Gesetzesnorm ist nichtig.¹⁰⁴ Auch zwischen unmittelbar wirkendem Unionsrecht und nationalem Recht besteht ein Derogationszusammenhang, da nationales Recht unanwendbar ist, also zeitweise derogiert wird, wenn es gegen unmittelbar wirkendes Unionsrecht verstößt.¹⁰⁵ Es wirkt sich auf einen von Gerichten zu entscheidenden Sachverhalt nicht aus, ob nationales Recht im Falle der Verfassungswidrigkeit nichtig oder im Falle eines Verstoßes gegen unmittelbar wirkendes Unionsrecht unanwendbar ist. Ein Gericht wendet sowohl eine nichtige als auch eine unanwendbare Norm auf den von ihm zu entscheidenden Sachverhalt nicht an. Somit kommen die Wertungen des Normurhebers in beiden Fällen in der Gerichtsentscheidung nicht mehr zum Tragen.

Begründet man die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung und -fortbildung in Anlehnung an die verfassungskonforme Rechtsfindung, ist zwischen der Tarifvertragsbestimmung und der Richtlinie ein Derogationszusammenhang erforderlich. Die Richtlinienbestimmung muss also unmittelbar wirken.

a) Unmittelbare Richtlinienwirkung auch gegenüber Tarifvertragsbestimmungen

Nach der herrschenden Auffassung können Richtlinien im Vertikalverhältnis Staat-Bürger unmittelbar wirken. Dazu muss die jeweilige Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt sowie hinreichend genau sein und der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder unzureichend in nationales Recht umgesetzt haben.¹⁰⁶ Rechtsfolge der unmittelbaren Wirkung ist, dass sich der Mitgliedstaat nicht darauf berufen kann, die Richtlinie nicht oder unzureichend umgesetzt zu haben.¹⁰⁷ Daher müssen alle staatlichen Stellen das entgegenstehende nationale Recht unangewendet lassen und die unmittelbar wirkende Richtlinienbestimmung anwenden.¹⁰⁸ Diese Pflicht erstreckt sich richtigerweise nicht nur auf einseitig vom Staat

¹⁰³ Diesen Begriff verwendet Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 58.

¹⁰⁴ Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 379 ff. m. w. N.; MSKB/Bethge, § 78 BVerfGG Rn. 7; MSKB/ders., § 31 BVerfGG Rn. 139 ff.

¹⁰⁵ Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 58 f.

¹⁰⁶ St. Rspr., siehe etwa EuGH, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 33.

¹⁰⁷ Von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 50.

¹⁰⁸ EuGH, Urteil v. 22. 6. 1989 – Rs. 103/88 (Fratelli Constanzo), Slg. 1989, 1861 Rn. 31 = NWvZ 1990, 649; Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 70.

gesetztes Recht, sondern auch auf Vereinbarungen des Staates mit privaten Akteuren.¹⁰⁹ Im letztgenannten Fall haben die privaten Akteure zwar an der richtlinienwidrigen Regelung mitgewirkt und ihr zugestimmt. Jedoch ist die Begründung für die unmittelbare Richtlinienwirkung und Unanwendbarkeit der richtlinienwidrigen Bestimmung gleichermaßen einschlägig:¹¹⁰ Der Staat soll sich keinen Vorteil gegenüber Privatpersonen verschaffen können, indem er Richtlinienvorgaben missachtet. Setzt der Staat die Richtlinienvorgaben ordnungsgemäß um, verstößt eine richtlinienwidrige tarifliche Regelung gegen nationales Recht und ist unwirksam. Könnte sich die Privatperson im Falle der unterbliebenen oder unzureichenden Umsetzung gegenüber dem Staat nicht unmittelbar auf die Richtlinie berufen, wäre die richtlinienwidrige tarifliche Regelung weiterhin anwendbar – anders als bei ordnungsgemäßer Umsetzung. Der Staat würde also einen Vorteil aus seinem Verstoß gegen Art. 288 Abs. 3 AEUV ziehen, wenn die unmittelbare Richtlinienwirkung nicht auch gegenüber tariflichen Regelungen geltend gemacht werden könnte.

b) Unterschied zwischen normativem und schuldrechtlichem Tarifvertragsteil bei unmittelbarer Richtlinienwirkung

Entscheidend für die unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung ist, dass sich die Privatperson *gegenüber dem Staat* auf die Richtlinie beruft. Die Rechte aus dem normativen und dem schuldrechtlichen Tarifvertragsteil werden jedoch gegenüber unterschiedlichen Anspruchsgegnern geltend gemacht. Daher müssen auch, je nachdem welcher Tarifvertragsteil betroffen ist, unterschiedliche Akteure dem Staat zuzuordnen sein, damit Richtlinienbestimmungen unmittelbar wirken können. Der normative Tarifvertragsteil trifft Regelungen für die Arbeitsverhältnisse. Es sind somit die Arbeitnehmer, die ihre Rechte aus dem Tarifvertrag gegenüber ihrem Arbeitgeber geltend machen. Ist der Arbeitgeber dem Staat zuzuordnen, kommt eine unmittelbare Richtlinienwirkung in Betracht. Dabei kommt es nicht auf die Rechtsform des Arbeitgebers an, solange er dem Staat untersteht.¹¹¹ Davon ist auszugehen, wenn der Staat einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen hat.¹¹² Der schuldrechtliche Tarifvertragsteil regelt demgegenüber regelmäßig allein die Rechtsbeziehungen zwischen den Tarifvertragsparteien. Daher sind es die Tarifvertragsparteien, die ihre Rechte aus dem schuldrechtlichen Teil gegenüber der Tarifvertragspartei der Gegenseite geltend machen. Ist die Tarifvertrags-

¹⁰⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 14. 10. 2004 – 6 AZR 535/03, ZTR 2005, 144, 145.

¹¹⁰ Vgl. zur Begründung der unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung S. 13.

¹¹¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 10. 10. 2017 – C-413/15 (Farrell II), BeckRS 2017, 127274 Rn. 34, wonach sowohl juristische Personen des öffentlichen Rechts als auch etwa Einrichtungen, die einer öffentlichen Stelle oder deren Aufsicht unterstehen, dem Staat gleichzustellen sind.

¹¹² Vgl. BVerfG, Urteil v. 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06 (Fraport), BVerfGE 128, 226, 245 ff. = NJW 2011, 1201 zur ähnlich gelagerten Frage der Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen.

partei auf Arbeitgeberseite dem Staat zuzuordnen, kann sich die Gewerkschaft unter Umständen auf die unmittelbare Richtlinienwirkung berufen.

Eine richtlinienwidrige Tarifnorm kann daher unanwendbar sein, wenn ein staatlicher Arbeitgeber den Tarifvertrag anwendet.¹¹³ Demgegenüber ist für die Unanwendbarkeit einer schuldrechtlichen Tarifvertragsbestimmung entscheidend, ob die Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite staatlich ist. Wirken die Richtlinienbestimmungen unmittelbar, darf der staatliche Arbeitgeber oder die staatliche Tarifvertragspartei die richtlinienwidrigen Tarifnorm bzw. die richtlinienwidrige schuldrechtliche Tarifbestimmung nicht anwenden.¹¹⁴ Zwischen solchen tariflichen Regelungen und Richtlinien besteht daher in den beschriebenen Situationen ein Derogationszusammenhang. Er ist notwendige Voraussetzung einer nationalen Vorrangregel.

c) Reichweite unmittelbarer Richtlinienwirkung und damit einer etwaigen Vorrangregel

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung kann höchstens so weit reichen wie der durch die unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung vermittelte Derogationszusammenhang. Somit kann sich die richtlinienkonforme Auslegung nur zugunsten der Arbeitnehmer auswirken, da das Unionsrecht keine den Einzelnen unmittelbar belastende unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung kennt.¹¹⁵ Ist die richtlinienwidrige tarifliche Regelung für den Arbeitnehmer oder die Gewerkschaft vorteilhafter als die Richtlinienbestimmung, wirkt die Richtlinienbestimmung daher auch gegenüber einem staatlichen Arbeitgeber oder einer staatlichen Tarifvertragspartei nicht unmittelbar. In dieser Situation fehlt es am für die Vorrangregel notwendigen Derogationszusammenhang zwischen der tariflichen Regelung und der Richtlinie.

¹¹³ BAG, Urteil v. 14. 10. 2004 – 6 AZR 535/03, ZTR 2005, 144 Rn. 145.

¹¹⁴ So allgemein, nicht differenzierend zwischen normativem und schuldrechtlichem Teil BAG, Urteil v. 17. 12. 2009 – 6 AZR 729/08, NZA-RR 2010, 440 Rn. 41 = BAGE 133, 14; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 507; Klumpp, NZA 2005, 848, 850; Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 275; Däubler/Schiek, Einl. Rn. 549; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 610f.; JKOS/Krause, § 1 Rn. 172; Kempen/Zachert/Kocher TVG, Grundl. Rn. 408; Schweighart/Ott, NZA-RR 2015, 1, 4; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 9; Preis/Sagan/Sagan, Rn. 1.134; vgl. auch Schliemann, in: FS Hanau, S. 577, 582: „unmittelbare Anwendung“ einer Richtlinie, „soweit der Staat [...] selbst Partei des Tarifvertrags ist“; vgl. EuGH, Urteil v. 20. 3. 2003 – C-187/00 (Kutz-Bauer), Slg. 2003, I-2771 Rn. 75 = NZA 2003, 506, dem zufolge nationale Gerichte prüfen müssen, richtlinienwidrige Tarifnormen nicht anzuwenden, und das dabei in Rn. 69ff. auf die Möglichkeit der unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung hinweist.

¹¹⁵ EuGH, Urteil v. 26. 9. 1996 – C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4719 Rn. 36 = BeckRS 2004, 74624; vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 49; vgl. zur Grenze der Richtlinienwirkung gegenüber Privaten unten auf S. 228ff.

d) Keine Vorrangregel bei privaten Arbeitgebern und privaten Tarifvertragsparteien denkbar mangels unmittelbarer Richtlinienwirkung

Gegenüber privaten Arbeitgebern und privaten Tarifvertragsparteien scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen aus nationalen Gründen von vornherein aus. Ihnen gegenüber können Richtlinien nach zutreffender¹¹⁶ herrschender Auffassung nicht unmittelbar wirken, sodass auch richtlinienwidrige Tarifbestimmungen anwendbar sind.¹¹⁷ Es besteht kein Derogationszusammenhang zwischen Richtlinien und den Tarifvertragsbestimmungen.

e) Zusammenfassung

Der für die Vorrangregel notwendige Derogationszusammenhang zwischen Richtlinie und tariflicher Regelung besteht nur ausnahmsweise. Voraussetzung ist, dass der Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht oder unzureichend umgesetzt hat und die weiteren Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung erfüllt sind. Dann ist eine richtlinienwidrige Tarifnorm gegenüber einem staatlichen Arbeitgeber und eine richtlinienwidrige schuldrechtliche Tarifbestimmung gegenüber einer staatlichen Tarifvertragspartei unanwendbar. Da die unmittelbare Richtlinienwirkung nur zugunsten von Privaten zulässig ist, kann sich eine nationale Vorrangregel nur zugunsten der Arbeitnehmer oder Gewerkschaften auswirken. Gegenüber privaten Arbeitgebern oder Tarifvertragsparteien kommt eine national begründete richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung eines Tarifvertrags nicht in Betracht.

2. Richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung aus Respekt vor den Tarifvertragsparteien und zum Erhalt ihrer Autorität und Autonomie

Neben der drohenden Unanwendbarkeit der Tarifvertragsbestimmung müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein, um in Anlehnung an die verfassungskonforme Gesetzesauslegung eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung zu begründen. Als wesentliches Argument für die verfassungskonforme Gesetzesauslegung wird der Respekt vor der Legislative angeführt, deren Autonomie, Autorität und Ansehen geschützt werden sollen. Gleichzeitig sollen auch die Kompetenzen von Legislative und Judikative funktionsgerecht voneinander abgegrenzt und der „Vorrang“ der Gesetzgebung gewahrt werden.

¹¹⁶ Siehe zur Unzulässigkeit der unmittelbaren horizontalen Richtlinienwirkung 1. Teil 1. Kapitel C.IV. (S. 43 ff.) sowie 2. Teil 4. Kapitel A.IV. 1. (S. 253 ff.).

¹¹⁷ *Schweighart/Ott*, NZA-RR 2015, 1, 4, die aber davon ausgehen, dass Tarifverträge grundsätzlich richtlinienkonform auszulegen sind, S. 5.

a) Richtlinienkonforme Auslegung des normativen Tarifvertragsteils bei staatlichem Arbeitgeber

Diese Erwägungen treffen in ähnlicher Weise auch auf den normativen Teil des Tarifvertrags zu. Daher ist eine nationale Vorrangregel zugunsten der richtlinienkonformen Auslegungskriterien anzuerkennen.

Die Rechtsordnung bringt Tarifvertragsparteien ein großes Maß an Respekt entgegen. Das kommt auf Ebene der Verfassung in Art. 9 Abs. 3 GG zum Ausdruck, der u. a. die Tarifaufonomie schützt. Geschützt sind etwa das Recht der Tarifvertragsparteien, Tarifverträge abzuschließen, sowie der Bestand und die Anwendung abgeschlossener Tarifverträge.¹¹⁸ Einfachgesetzlich setzt sich der Tarifvertragsparteien entgegengebrachte Respekt in §§ 3, 4 TVG sowie § 310 Abs. 4 BGB fort.

Aus der normativen Wirkung des normativen Tarifvertragsteils folgt nicht nur, dass die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien den Tarifvertragsinhalt beachten müssen, sondern auch dass die Rechtsprechung an die Entscheidungen der Tarifvertragsparteien gebunden ist. Es besteht grundsätzlich ein Anwendungsgebot und ein Abweichungsverbot für die Gerichte. Die Gerichte müssen die Tarifnormen anwenden und dürfen grundsätzlich nicht von ihnen abweichen. Ähnliches gilt auch gemäß Art. 20 Abs. 3 GG im Verhältnis der Judikative zur Legislative, wonach die Judikative an das Gesetz gebunden ist. Auch die Gesetzesbindung beinhaltet ein Anwendungsgebot und ein Abweichungsverbot.¹¹⁹ Jedoch ist die Bindung der Rechtsprechung an Tarifnormen schwächer ausgeprägt als die an Gesetze, da Tarifnormen auf einer niedrigeren Rangstufe stehen als Gesetzesnormen. Es gibt daher mehr Rechtsquellen, die die Bindung der Rechtsprechung an Tarifnormen aufheben können, als es Rechtsquellen gibt, die die Bindung der Rechtsprechung an Gesetzesnormen aufheben können.

Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung wahrt den Vorrang der Gesetzgebung gegenüber der Rechtsprechung. Dieser Vorrang folgt aus der Gesetzesbindung der Rechtsprechung sowie dem Vorrang des Gesetzes, die beide in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegt sind.¹²⁰ Art. 20 Abs. 3 bindet Exekutive und Judikative an die Akte der Legislative, nicht aber die Legislative an die Akte der Exekutive und Judikative. Insofern nimmt die Legislative eine Vorrangstellung gegenüber den anderen Gewalten ein.¹²¹ Zudem geht nach dem Vorrang des Gesetzes die

¹¹⁸ BVerfG, Urteil v. 11. 7. 2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. (Tarifeinheitgesetz), BVerfGE 146, 71 Rn. 131 = NZA 2017, 915; vgl. BVerfG, Urteil v. 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., BVerfGE 92, 365, 395 = NZA 1995, 754; Sachs/Höfling, Art. 9 GG Rn. 87, 100.

¹¹⁹ Gusy, JuS 1983, 189, 191; Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, S. 26 ff.; HStR V/Ossenbühl, § 101 Rn. 4 ff.; vgl. Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 496.

¹²⁰ Gusy, JuS 1983, 189 beschränkt sich auf den Vorrang des Gesetzes, da er, anders als es Sachs/Sachs, Art. 20 GG Rn. 112 befürwortet, die Gesetzesbindung nicht vom Vorrang des Gesetzes trennt.

¹²¹ Vgl. BK/Robbers, Art. 20 Abs. 1 GG Rn. 2105: „Primat [...] des Gesetzgebers“.

Willensäußerung der Legislative, das Gesetz, jeder anderen staatlichen Willensäußerung vor.¹²² Indem die verfassungskonforme Gesetzesauslegung die Bindung an die gesetzgeberische Entscheidung so weit wie möglich aufrechterhält, hilft sie also, die Vorrangstellung des Gesetzgebers zu wahren. Die Tarifvertragsparteien nehmen zwar keine vergleichbare Vorrangstellung gegenüber der Rechtsprechung ein wie die Legislative, da gerichtliche Entscheidungen den Willensäußerungen der Tarifvertragsparteien, also Tarifverträgen vorgehen. Die Tarifvertragsparteien müssen gerichtliche Entscheidungen befolgen. Jedoch ist die Vorrangstellung der Judikative gegenüber Tarifvertragsparteien wesentlich schwächer ausgeprägt als gegenüber anderen Privatrechtssubjekten, da die Intensität, mit der die Rechtsprechung Akte von Privatrechtssubjekten kontrolliert, bei Tarifverträgen stark zurückgefahren ist. Darin kommt der Respekt vor den Tarifvertragsparteien und dem Verfahren ihrer Normsetzung zum Ausdruck.

Die zurückgenommene Kontrollintensität zeigt sich in § 310 Abs. 4 S. 1 und 3 BGB. Anders als z.B. Individualarbeitsverträge dürfen Tarifverträge keiner Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB unterzogen werden, § 310 Abs. 4 S. 1 BGB. Auch mittelbar, d.h. im Rahmen der Inhaltskontrolle einer Bezugnahme Klausel darf keine Inhaltskontrolle der Tarifnorm erfolgen, § 310 Abs. 4 S. 3 BGB. Andernfalls würde nach Ansicht des Gesetzgebers das System der Tarifautonomie konterkariert.¹²³ Während die Rechtsprechung Tarifverträge an den Grundrechten misst, betont sie zugleich, dass den Tarifvertragsparteien ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zustehe.¹²⁴ Grund dafür soll die von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie sein. Vergleichbares ist aus der verfassungsgerichtlichen Kontrolle legislativer Normsetzung bekannt, bei der das Bundesverfassungsgericht die Einschätzungsprärogative der Legislative betont.¹²⁵ Bezüglich des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG soll den Tarifvertragsparteien

¹²² Mayer, Dt. Verwaltungsrecht I, S. 68; Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 317; Sobota, Das Prinzip Rechtsstaat, S. 104; Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, S. 496; HSR V/Ossenbühl, § 101 Rn. 1; Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 GG C. Rn. 72.

¹²³ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats in BT-Drs. 14/6857, S. 54. Die Begründung der Bundesregierung teilt der Rechtsausschuss des Bundestages in BT-Drs. 14/7052, S. 189; zum Hintergrund von § 310 Abs. 4 BGB Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 114f.

¹²⁴ BAG, Urteil v. 22. 4. 2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947 Rn. 26 = BAGE 134, 160; BAG, Urteil v. 4. 5. 2010 – 9 AZR 181/09, AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit Rn. 23; BAG, Urteil v. 24. 6. 2010 – 6 AZR 1037/08, AP Nr. 5 zu § 5 TVÜ Rn. 29 = BAGE 135, 66; BAG, Urteil v. 21. 9. 2010 – 9 AZR 442/09, AP Nr. 323 zu Art. 3 GG Rn. 27; BAG, Urteil v. 19. 7. 2011 – 3 AZR 398/09, NZA-RR 2013, 96 Rn. 25 = BAGE 138, 332. Die Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen ist zum großen Teil abzulehnen, vgl. ausführlich dazu Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 312 ff.

¹²⁵ BVerfG, Urteil v. 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 u. a. (Mitbestimmungsgesetz), BVerfGE 50, 290, 332 ff. = NJW 1979, 699; BVerfG, Urteil v. 15. 1. 2002 – 1 BvR 1783/99, BVerfGE 104, 337, 347 f. = NJW 2002, 663; BVerfG, Urteil v. 11. 7. 2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. (Tarifeinheitsgesetz), BVerfGE 146, 71 Rn. 157 = NZA 2017, 915.

sogar ein weitergehender Gestaltungsspielraum als dem Gesetzgeber zustehen.¹²⁶ Auch das demonstriert den Respekt, der Tarifvertragsparteien entgegengebracht wird.

Wie die verfassungskonforme Gesetzesauslegung ist die richtlinienkonforme Tarifnormauslegung schließlich ebenso geeignet, die Autorität der Normurheber zu schützen. Mit Hilfe richtlinienkonformer Tarifnormauslegung kann die Rechtsprechung das Verdikt der Richtlinienwidrigkeit vermeiden. Erklärt ein Gericht eine richtlinienwidrige Tarifnorm für unanwendbar, schadet das sowohl dem Ansehen der Tarifvertragsparteien, die die richtlinienwidrige Tarifnorm vereinbart haben, als auch dem Ansehen des staatlichen Arbeitgebers und damit des Staates, der richtlinienwidrige Tarifnormen anwendet.

Die Rechtsordnung respektiert also die Tarifvertragsparteien und die von ihnen gesetzten Normen in besonderem Maße. Dieser Respekt gebietet es, die Bindung der Gerichte an die Wertentscheidungen der Tarifvertragsparteien so weit wie möglich aufrecht zu erhalten. Bevor eine Tarifnorm aufgrund unmittelbarer Richtlinienwirkung für unanwendbar erklärt wird, ist sie daher richtlinienkonform auszulegen. Auf diese Weise kommen die Wertentscheidungen der Tarifvertragsparteien noch zum Tragen und werden nicht durch die Wertungen des europäischen Richtliniengebers in ihrer Auslegung durch den EuGH ersetzt. Zudem werden die Autorität und das Ansehen der Tarifvertragsparteien sowie des Staats geschützt. Insbesondere der Respekt vor den Tarifvertragsparteien gebietet es jedoch auch, die Grenzen der Tarifvertragsauslegung zu achten.

Bewerkstelligt wird die richtlinienkonforme Tarifnormauslegung mit Hilfe einer nationalen Vorrangregel. Die Auslegungskriterien, die zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führen, sind im grundsätzlich stattfindenden Abwägungsvorgang als absolut vorrangig anzusehen. Gleichzeitig sind jedoch die Grenzen der Tarifvertragsauslegung zu beachten. Die Vorrangregel darf nur insoweit eingesetzt werden, wie sie zu einem Auslegungsergebnis führt, das die Grenzen der Tarifvertragsauslegung wahrt. Das Auslegungsergebnis darf somit dem erklärten Willen der Tarifvertragsparteien nicht widersprechen.

Für das Bestehen der Vorrangregel ist es dagegen unerheblich, dass die Gewerkschaft als private Tarifvertragspartei nicht richtliniengebunden ist. Da die richtlinienkonforme Auslegung allein zu ihren Gunsten oder zugunsten ihrer Mitglieder erfolgt, begründet die nationale Vorrangregel keine unzulässige Richtlinienwirkung gegenüber der Gewerkschaft als privater Partei.¹²⁷

¹²⁶ BAG, Urteil v. 18. 12. 2008 – 6 AZR 287/07, NZA 2009, 391 Rn. 21 = BAGE 129, 93.

¹²⁷ Ausführlich zur Verbindlichkeitsgrenze 2. Teil 4. Kapitel A. IV. 1. (S. 253 ff.).

b) Richtlinienkonforme Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils bei staatlicher Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite

Auch für den schuldrechtlichen Tarifvertragsanteil ist eine Vorrangregel anzuerkennen, wenn eine Regelung davon bedroht ist, im Verhältnis zur staatlichen Tarifvertragspartei unanwendbar zu sein. Zwar mag es zweifelhaft erscheinen, ob es das Ansehen der Tarifvertragsparteien und des Staats tatsächlich beschädigt, wenn eine schuldrechtliche tarifliche Regelung unanwendbar ist. Doch obwohl sich die Unanwendbarkeit schuldrechtlicher Tarifvertragsbestimmungen unmittelbar allein auf die Tarifvertragsparteien auswirkt, sind mittelbar davon regelmäßig auch die Tarifgebundenen betroffen. Der Kreis derjenigen, die die Unanwendbarkeit betrifft, ist also groß genug, um zu Ansehensverlusten führen zu können.

Entscheidend für die Vorrangregel spricht, dass die Rechtsordnung den Tarifvertragsparteien, wie zuvor dargelegt, ein großes Maß an Respekt entgegenbringt. In dieser Hinsicht bestehen zwischen dem normativem und dem schuldrechtlichen Teil keine wesentlichen Unterschiede. Verfassungsrechtlich drückt sich der Respekt in der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie aus, einfachgesetzlich in der zurückgenommenen Kontrollintensität durch die Gerichte. Auch für den schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags gilt, dass er gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen ist¹²⁸ und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht unterliegt¹²⁹. Zwar wirkt der schuldrechtliche Tarifvertragsanteil nicht normativ. Das ist jedoch den unterschiedlichen Regelungsgegenständen des schuldrechtlichen Teils im Vergleich zum normativen Tarifvertragsanteil geschuldet.

Die Vorrangregel ermöglicht es daher auch im schuldrechtlichen Tarifvertragsanteil, die Wertentscheidungen der von der Rechtsordnung in besonderem Maße respektierten Tarifvertragsparteien möglichst weitgehend aufrecht zu erhalten.

3. Begrenzte richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung

Wie auch bei der verfassungskonformen Gesetzesfortbildung ist eine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung nur in begrenztem Maße aus nationaler Sicht geboten. Sowohl für die Auslegung des normativen als auch des schuldrechtlichen

¹²⁸ Vgl. BAG, Urteil v. 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 29 f. = BAGE 148, 139 für schuldrechtliche (Koalitions-)Verträge; vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1355 zu schuldrechtlichen Abreden, die auch Inhalt eines Tarifvertrags sein könnten; vgl. JKOS/Krause, § 4 Rn. 162, der für den Fall, dass allgemeine Arbeitsbedingungen inhaltsgleich mit einer normsetzenden schuldrechtlichen Regelung der Tarifvertragsparteien sind, die allgemeine Arbeitsbedingung gemäß §§ 310 Abs. 4 S. 3 BGB, 307 Abs. 3 S. 1 BGB von der Inhaltskontrolle ausnimmt.

¹²⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115 Rn. 28 = BAGE 148, 139 für einen schuldrechtlichen Koalitionsvertrag; Däubler/Ahrendt, § 1 TVG Rn. 1213.

Tarifvertragsteils ist der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien maßgeblich.¹³⁰ Daher sind die tatsächlichen Regelungsabsichten der Tarifvertragsparteien für den Plan maßgeblich, an dem sich die Tarifvertragsfortbildung orientiert. Jedenfalls die nicht richtliniengebundene Gewerkschaft wird die Richtlinien beim Tarifvertragsschluss aber nicht berücksichtigen. Die Vorgaben einer Richtlinie sind daher nicht Bestandteil des Regelungsplans der Gewerkschaft, sodass sich die Fortbildung des Tarifvertrags grundsätzlich nicht an der Richtlinie orientiert.

Auch der Gedanke, die Anwendbarkeit einer Tarifvertragsbestimmung zu erhalten, rechtfertigt kein Gebot, Tarifverträge richtlinienkonform zu reduzieren, sondern nur teilweise das Gebot, tarifliche Regelungen richtlinienkonform analog anzuwenden.

Der Blick auf die verfassungskonforme Rechtsfortbildung verdeutlicht, dass die richtlinienkonforme Reduktion einer Tarifvertragsbestimmung überflüssig ist, wenn der tariflichen Regelung die Unanwendbarkeit droht. Wird eine richtlinienwidrige tarifliche Regelung richtlinienkonform reduziert, ist der richtlinienkonforme Regelungsteil weiterhin anwendbar, der richtlinienwidrige Teil hingegen unanwendbar. Wird hingegen auf die richtlinienkonforme Reduktion verzichtet, bleibt es bei der unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung. Diese führt zum gleichen Ergebnis: Der richtlinienkonforme Regelungsteil ist anwendbar, der richtlinienwidrige Teil unanwendbar. Für die Frage, inwieweit eine richtlinienwidrige tarifliche Regelung anwendbar ist, macht es also keinen Unterschied, ob die Regelung richtlinienkonform reduziert wird oder ob sie unanwendbar ist, soweit sie richtlinienwidrig ist. Daher rechtfertigt der Gedanke, die Anwendbarkeit einer Tarifvertragsbestimmung möglichst weitgehend zu erhalten, nicht deren richtlinienkonforme Reduktion.

Sind die bestehenden Tarifvertragsbestimmungen richtlinienkonform und soll lediglich der Regelungsbereich einer tariflichen Bestimmung erweitert werden, rechtfertigt der Gedanke des Normerhalts auch keine richtlinienkonforme Analogie. Dieser Gedanke rechtfertigt eine richtlinienkonforme Analogie nur, soweit eine bestehende Tarifvertragsbestimmung richtlinienwidrig und daher davon bedroht ist, unanwendbar zu sein. In diesem Fall ist die richtlinienkonforme Analogie aus nationaler Sicht geboten, wobei die Grenzen der Tarifvertragsfortbildung zu beachten sind. Daher muss die Fortbildung unterbleiben, wenn es mehrere Möglichkeiten gibt, einen richtlinienkonformen Zustand zu schaffen, und sich aus dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien nicht ergibt, welche der Möglichkeiten zu wählen ist.¹³¹ Ansonsten würde die Fortbildung die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Tarifautonomie der Gewerkschaft verletzen.

¹³⁰ Siehe dazu oben 1. Teil 3. Kapitel C.I. und II. (S. 107 f.).

¹³¹ Vgl. zur Tarifvertragsfortbildung bei mehreren Möglichkeiten der Lückenschließung oben auf S. 77 f.

Daneben verbleibt ein weiterer schmaler Anwendungsbereich richtlinienkonformer Tarifvertragsfortbildung, wenn die Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung im relevanten Rechtsverhältnis erfüllt sind. Ist ein Tarifvertrag lückenhaft und gibt es mehrere Möglichkeiten, die Lücke zu schließen, sind richtlinienwidrige Möglichkeiten nicht weiter zu berücksichtigen, da eine richtlinienwidrige Tarifvertragsfortbildung unanwendbar wäre. Um die Anwendbarkeit der Tarifvertragsfortbildung zu erhalten, ist es daher notwendig, richtlinienwidrige Fortbildungsmöglichkeiten auszuschließen. Verbleibt allein eine Möglichkeit der Lückenschließung, nachdem die richtlinienwidrigen Varianten ausgesondert wurden, ist das Gericht berechtigt, den Tarifvertrag fortzubilden. Gibt es mehrere Möglichkeiten, eine Tarifvertragslücke zu schließen, ist die Rechtsprechung nur zur Lückenschließung berechtigt, wenn sich aus dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien ergibt, welche der Möglichkeiten zu wählen ist.

III. Zusammenfassung zur nationalen Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit

Eine tarifliche Regelung ist richtlinienkonform auszulegen, wenn sie aufgrund unmittelbarer Richtlinienwirkung davon bedroht ist, unanwendbar zu sein. Das gilt sowohl für Regelungen des normativen als auch des schuldrechtlichen Teils. Insoweit besteht eine nationale Vorrangregel, die es gebietet, im Vorgang der Tarifvertragsauslegung diejenigen Auslegungskriterien als absolut vorrangig anzusehen, die zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führen. Da die Vorrangregel nur besteht, wenn die Unanwendbarkeit der tariflichen Regelung möglich ist, ist der Anwendungsbereich der Vorrangregel begrenzt. Voraussetzung ist, dass die Bundesrepublik Deutschland die Richtlinienvorgaben nicht oder unzureichend umgesetzt hat. Zudem müssen die weiteren Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung erfüllt sein. Tarifverträge sind daher nur richtlinienkonform auszulegen, wenn ein staatlicher Arbeitgeber den normativen Tarifvertragsteil oder eine staatliche Tarifvertragspartei den schuldrechtlichen Teil anwendet. Schließlich kann die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung nur zugunsten der Arbeitnehmer oder der Gewerkschaft erfolgen, da eine unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung unzulässig ist, wenn sie Private belastet.

Eine national begründete richtlinienkonforme Fortbildung des normativen oder ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils scheidet weitgehend aus. Die Richtlinienvorgaben sind nicht Bestandteil des Regelungsplans beider am Tarifvertragsschluss beteiligten Tarifvertragsparteien. Daneben ist es überflüssig, eine tarifliche Regelung richtlinienkonform zu reduzieren, wenn das gleiche Ergebnis auch erreicht wird, indem die richtlinienwidrige Regelung nicht angewendet wird. Kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht, einen Tarifvertrag fortzubilden, sind jedoch die Möglichkeiten auszuschneiden, die infolge unmittelbarer Richtlinienwirkung unanwendbar wären. Eine richtlinienkonforme analoge

Anwendung einer tariflichen Bestimmung ist aus nationaler Sicht allein geboten, wenn nicht bloß der Regelungsbereich der Bestimmung erweitert werden soll, sondern gleichzeitig eine bestehende tarifliche Bestimmung richtlinienwidrig ist, sodass ihr die Unanwendbarkeit droht. Nur in dieser Situation kann eine richtlinienkonforme Analogie mit dem Gedanken gerechtfertigt werden, die Anwendbarkeit einer tariflichen Regelung zu sichern. Dabei sind jedoch die Grenzen der Tarifvertragsfortbildung zu beachten.

Kann der Tarifvertrag weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden, obwohl die Voraussetzungen der unmittelbaren Richtlinienwirkung erfüllt sind, kann ein Arbeitnehmer oder die Gewerkschaft seinen bzw. ihren Anspruch unmittelbar auf die Richtlinienbestimmung stützen. Eine Gewerkschaft kann die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer in dieser Situation also nicht verhindern, auch wenn sie die Besserstellung ausnahmsweise ablehnen sollte, da dadurch der finanzielle Spielraum zugunsten anderer Arbeitnehmer eingeschränkt wird.

Beispielsfall: Wendet der staatliche Arbeitgeber V den TV an und berechnet in der Folge in einer Situation wie im geschilderten Beispielsfall das Urlaubsentgelt seiner Arbeitnehmerin B gemäß § 8 Nr. 4 TV, kann sich B auf die unmittelbare Wirkung von Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG berufen. Der EuGH hat bereits entschieden, dass Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllt.¹³² § 8 Nr. 4 TV ist somit grundsätzlich unanwendbar, soweit er dazu führt, dass das Urlaubsentgelt der B geringer ist als das gewöhnliche Arbeitsentgelt in Zeiträumen tatsächlicher Arbeitsleistung. An die Stelle von § 8 Nr. 4.1 TV tritt Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG. B hat daher grundsätzlich gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG einen Anspruch gegen V auf eine Urlaubsvergütung, die dem gewöhnlichen Entgelt in Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung entspricht. Sie hat also Anspruch auf ein Urlaubsentgelt i. H. v. 869,57 €. ¹³³ Um das Ergebnis zu vermeiden, dass die Tarifnorm unanwendbar ist und an ihrer Stelle die Richtlinie unmittelbar wirkt, sind deutsche Gerichte grundsätzlich verpflichtet, die Tarifnorm aus Respekt vor den Tarifvertragsparteien richtlinienkonform auszulegen. Eine solche Auslegung scheitert im Ergebnis jedoch am erklärten Willen der Tarifvertragsparteien.

Die Berechnung der Urlaubsvergütung gemäß dem TV ist aufgrund von § 8 Nr. 4.1 TV richtlinienwidrig. Er sieht vor, dass der „Bruttolohn der letzten sechs Monate“ für die Berechnung der Urlaubsvergütung maßgeblich ist. Richtlinienkonform wäre § 8 Nr. 4.1 TV, wenn das in den letzten sechs Monaten ohne Kurzarbeit geschuldete Gehalt zugrunde gelegt würde.

Grundsätzlich ist es vom Wortlaut her denkbar, wenn auch nicht überzeugend, unter der Formulierung „Bruttolohn der letzten sechs Monate“ das mit sechs multiplizierte Monatsgehalt zu verstehen – unabhängig davon, ob das Gehalt tatsächlich geschuldet oder die Vergütungspflicht etwa aufgrund von „Kurzarbeit null“ aufgehoben ist. Würde die Urlaubsvergütung entsprechend berechnet, erhielte B ein Urlaubsentgelt (960 €), das das gewöhnliche Entgelt in Zeiträumen tatsächlicher Arbeitsleistung (869,57 €) überschritte. Die Berechnung des Urlaubsentgelts wäre demnach richtlinienkonform. Versteht man die

¹³² EuGH, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 34 f.

¹³³ Siehe zur Berechnung Fn. 19 (Einleitung).

richtlinienkonforme Auslegung als interpretatorische Vorrangregel, ist das Auslegungskriterium bei der Abwägung absolut vorrangig, das zu einem richtlinienkonformen Ergebnis führt. Der richtlinienkonform verstandene Wortlaut setzt sich daher grundsätzlich gegen die anderen Auslegungskriterien durch. Jedoch müssen gleichzeitig die Grenzen der Tarifvertragsauslegung gewahrt bleiben. Es ist somit unzulässig, den Tarifvertrag aufgrund der interpretatorischen Vorrangregel gegen den erklärten Willen der Tarifvertragsparteien auszulegen. Eben diese Grenze ist überschritten, wenn unter dem „Bruttolohn der letzten sechs Monate“ das mit sechs multiplizierte Monatsgehalt verstanden wird. Aus § 8 Nr. 5.1 TV wird deutlich, dass die Tarifvertragsparteien in § 8 Nr. 4.1 allein auf den *tatsächlich erhaltenen* Bruttolohn abstellen.¹³⁴ Die aus nationaler Sicht gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 8 Nr. 4.1 TV scheitert somit am erklärten Willen der Tarifvertragsparteien.

Auch die richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung ist zwar aus nationaler Sicht geboten, scheitert aber an den Grenzen der Rechtsfindung. Grundsätzlich kommt eine Analogie zu § 8 Nr. 5.1 TV in Betracht, der für Zeiten der Saison-Kurzarbeit eine Mindesturlaubsvergütung vorsieht. Eine solche Mindesturlaubsvergütung könnte analog § 8 Nr. 5.1 TV auch für Kurzarbeitszeiten bestehen. Diese Analogie würde im Beispielsfall ein richtlinienkonformes Ergebnis sicherstellen. Sie ist aus nationaler Sicht geboten, da mit ihr vermieden werden könnte, dass § 8 Nr. 4.1 TV teilweise unanwendbar ist. Daher würde die richtlinienkonforme Analogie zu § 8 Nr. 5.1 TV die Anwendbarkeit von § 8 Nr. 4.1 TV sichern. Allerdings ist die Tarifvertragsfortbildung nur zulässig, wenn es entweder lediglich eine Fortbildungsmöglichkeit gibt oder sich aus dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien ergibt, welche der Möglichkeiten zu wählen ist. Beides ist nicht der Fall. Die Tarifvertragsparteien könnten eine Mindesturlaubsvergütung etwa auch ab der ersten Ausfallstunde vorsehen. Welche der zahlreichen richtlinienkonformen Fortbildungsmöglichkeiten sie wählen würden, ist nicht ersichtlich. Die nationalrechtlich gebotene richtlinienkonforme Fortbildung des TV scheitert somit an den Grenzen der Tarifvertragsfortbildung.

Da § 8 TV aus nationaler Perspektive weder richtlinienkonform ausgelegt noch fortgebildet werden kann, ist § 8 Nr. 4.1 TV aufgrund der unmittelbaren Wirkung von Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG unanwendbar, soweit er zu einer richtlinienwidrigen Berechnung des Urlaubsentgelts von B führt. B hat daher gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG einen Anspruch gegen V auf Zahlung eines Urlaubsentgelts i. H. v. 869,57 €.

D. Ergebnis: Nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen im Gleichlauf zur unmittelbaren Richtlinienwirkung

Eine nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung besteht nur insoweit, wie die Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung erfüllt sind. Daher ist der normative Teil von Tarifverträgen, die staatliche Arbeitgeber anwenden, zugunsten der Arbeitnehmer richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, wenn die Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung erfüllt sind. Wenden hingegen private Arbeitgeber Tarifverträge an, ist der normative Tarif-

¹³⁴ Siehe 2. Teil 3. Kapitel A. V. (S. 211 f.).

vertragsteil – jedenfalls aus nationalrechtlichen Erwägungen – weder richtlinienkonform auszulegen noch fortzubilden. Ähnlich ist in Bezug auf den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil zwischen privaten und staatlichen Tarifvertragsparteien zu unterscheiden. Zugunsten der Gewerkschaft ist der schuldrechtliche Tarifvertragsteil richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, wenn die Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung erfüllt sind, da eine staatliche Tarifvertragspartei Vertragspartner ist. Steht hingegen eine private Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite, besteht keine nationale Pflicht, den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

Die beschränkte nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ist mit Hilfe einer Vorrangregel im Auslegungsvorgang umzusetzen. Sie räumt den Auslegungskriterien, die zum richtlinienkonformen Ergebnis führen, absoluten Vorrang ein. Dabei bezweckt die Vorrangregel, die Anwendbarkeit der tariflichen Regelungen zu erhalten. Ohne richtlinienkonforme Auslegung müssten richtlinienwidrige tarifliche Regelungen unangewendet bleiben, soweit die unmittelbare Richtlinienwirkung reicht. Somit bewahrt die Vorrangregel die tarifautonome Entscheidung der Tarifvertragsparteien, soweit das in den Grenzen der Tarifvertragsauslegung möglich ist. Eine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung zum Zweck, die Anwendbarkeit einer tariflichen Regelung zu erhalten, ist aus nationaler Sicht jedoch nur in begrenztem Maße geboten. Eine tarifliche Regelung ist richtlinienkonform analog anzuwenden, wenn sie oder eine andere tarifliche Regelung ansonsten aufgrund der unmittelbaren Richtlinienwirkung unanwendbar wäre. Demgegenüber scheidet eine richtlinienkonforme Reduktion von vornherein aus, da sie zum gleichen Ergebnis führt wie die unmittelbare Richtlinienwirkung. Daneben verbleibt nur ein schmaler Anwendungsbereich richtlinienkonformer Tarifvertragsfortbildung: Gibt es verschiedene Möglichkeiten, einen Tarifvertrag fortzubilden, sind die richtlinienwidrigen Möglichkeiten auszuschließen, da eine richtlinienwidrig fortgebildete Tarifvertragsbestimmung unanwendbar wäre.

Der Wille der Tarifvertragsparteien ist ein untauglicher Anknüpfungspunkt, um eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung zu begründen. Dass Tarifvertragsparteien richtlinienkonforme Regelungen vereinbaren möchten, ist eine Vermutung, die weder aus nationaler Perspektive gerechtfertigt noch unionsrechtlich geboten ist. Selbst wenn der konkrete Wille der Tarifvertragsparteien ermittelt werden kann, einen Sachverhalt richtlinienkonform zu regeln, besteht jedoch keine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung, da die jeweilige Sachentscheidung gegenüber dem Konformitätswillen vorrangig ist. Schließlich besteht auch keine generelle nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsfortbildung. Das Regelungsermessen der am Tarifvertragschluss beteiligten Parteien ist nie für alle Parteien auf die richtlinienkonformen Regelungsmöglichkeiten beschränkt, da jedenfalls die Gewerkschaften nicht richtliniengebunden sind.

4. Kapitel

Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Die nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung ist in zweierlei Hinsicht beschränkt. Sie gilt zum einen nur für Tarifverträge, die deutschem Recht unterfallen. Zum anderen setzt sie voraus, dass die Voraussetzungen unmittelbarer Richtlinienwirkung erfüllt sind. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung findet daher nur in einem Rechtsverhältnis mit einem Rechtssubjekt statt, das dem Mitgliedstaat zuzurechnen ist. Diese Beschränkungen entfallen, wenn neben der nationalen eine unionsrechtliche Pflicht besteht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Ob eine unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung besteht, ist Gegenstand dieses 4. Kapitels. Zunächst wird dazu unter A. untersucht, ob eine generelle unionsrechtliche Pflicht besteht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen. Dahinter steht der Gedanke, dass die nationalen Gerichte richtliniengebunden sind. Deswegen sollen sie verpflichtet sein, Tarifverträge als Bestandteil des nationalen Rechts richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.¹ Unter B. wird anschließend untersucht, ob Tarifverträge, deren Geltung die Exekutive erstreckt, aus unionsrechtlichen Gründen richtlinienkonform auszulegen sind.

A. Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Die deutschen Gerichte sind als innerstaatliche Stelle eines Mitgliedstaats gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, an der Richtlinienumsetzung mitzuwirken. Aus dieser Richtlinienbindung der nationalen Judikative wird abgeleitet, dass sie verpflichtet ist, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.² Doch wie weit reicht diese Verpflichtung? Lässt sich über die Richtlinienbindung der Judikative auch begründen, dass Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind? Dieser Frage wird nachfolgend nachgegangen. Eine Schwie-

¹ Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 297 Fn. 832; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG unter II.; ders., Tarifgeltung, S. 261 f.; NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59.

² Siehe dazu oben 1. Teil 2. Kapitel D.I. 1. (S. 81 f.).

rigkeit besteht dabei darin, dass Tarifverträge zwischen Gesetzen und privaten Verträgen stehen. Stellt man entscheidend auf die Wirkweise des normativen Tarifvertragsteils in Deutschland ab, die der von Gesetzen ähnelt, liegt es nahe, die Pflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV auf den normativen Tarifvertragsteil zu erstrecken. Wenn es hingegen eher auf die Normurheber ankommt, die häufig nicht dem Staat zuzuordnen, sondern Private sind, spricht einiges dafür, dass die Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV Tarifverträge nicht erfasst. Es gilt also, die Grenzen der aus Art. 288 Abs. 3 AEUV folgenden Pflicht näher zu bestimmen.

I. Rechtsprechung des EuGH zur Reichweite der judikativen Umsetzungspflicht

Der EuGH verwendet keine einheitliche Terminologie, wenn es darum geht, welche Rechtsakte die Umsetzungspflicht der Gerichte erfasst. Eine Untersuchung seiner zwischen Mai 2019 und dem Jahr 2010 ergangenen Rechtsprechung zeigt, dass er drei sich leicht unterscheidende Termini verwendet. Er erklärt, dass nationale Gerichte das „innerstaatliche Recht“³, „Vorschriften des innerstaatlichen Rechts“⁴ oder das „nationale Recht“⁵ so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie, also richtlinienkonform auslegen müssten. Gemein ist den vom EuGH verwendeten Begriffen das Wort „Recht“, wobei offen ist, was der EuGH unter „Recht“ versteht.⁶ Dagegen unterscheiden sich die Attribute. Sowohl „innerstaatlich“ als auch „national“ drücken aber aus, dass das „Recht“ dem Mitgliedstaat zuzuordnen sein muss. In der Rechtssache Dominguez zeigt der EuGH, dass er die Begriffe „innerstaatlich“ und „national“ synonym verwendet:

„Zwar unterliegt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des *nationalen Rechts* bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des *innerstaatlichen Rechts* den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihre

³ *EuGH*, Urteil v. 10. 3. 2011 – C-109/09 (Deutsche Lufthansa), Slg. 2011, I-1309 Rn. 52 = NZA 2011, 397; *EuGH*, Urteil v. 10. 10. 2013 – C-306/12 (Spedition Welter), NJW 2014, 44 Rn. 29; *EuGH*, Urteil v. 17. 5. 2018 – C-147/16 (Karel de Grote Hogeschool), EuZW 2018, 545 Rn. 41; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-569/16, C-570/16 (Bauer/Wilmeroth), NZA 2018, 1467 Rn. 66; *EuGH*, Urteil v. 6. 11. 2018 – C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft), NZA 2018, 1474 Rn. 58.

⁴ *EuGH*, Urteil v. 9. 6. 2016 – C-332/14 (Rey Grundstücksgemeinschaft), EuZW 2016, 587 Rn. 53.

⁵ *EuGH*, Urteil v. 15. 9. 2011 – C-53/10 (Mücksch), Slg. 2011, I-8329 Rn. 33 = EuZW 2011, 873; *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 24; *EuGH*, Urteil v. 25. 6. 2015 – C-671/13 (Indēliq ir investiciju draudimas VJ), BeckRS 2015, 80853 Rn. 56; *EuGH*, Urteil v. 19. 4. 2016 – C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 31; *EuGH*, Urteil v. 12. 2. 2019 – C-492/18 PPU (TC) Rn. 67.

⁶ Vgl. Prechal, Directives in EC Law, S. 186, nach der der Begriff „law“ mehr umfasst als nur „legislation“. Er soll etwa auch die ungeschriebenen Rechtsprinzipien und Richterrecht umfassen können.

Schranken und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des *nationalen Rechts* dienen [...]“⁷

Die Rechtsprechung des EuGH lässt sich in die Richtung deuten, dass sie Tarifverträge als Bestandteil der nationalen Rechtsordnung ansieht. In der Rechtssache ANGED etwa ordnet der EuGH eine spanische Kollektivvereinbarung als „nationale Rechtsvorschrift“ ein, der Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG entgegenstehen kann.⁸ Damit muss jedoch keine eigenständige Wertung des EuGH verbunden sein, da bereits das spanische Tribunal Supremo in seinem Vorabentscheidungsersuchen die Kollektivvereinbarung als nationale Rechtsvorschrift einstuft.⁹ Gleiches gilt für die Schlussanträge in der Rechtssache AKT. Darin bezeichnet Generalanwalt Szpunar eine Tarifvertragsregelung als „nationale Regelung“.¹⁰ Aber auch in diesem Fall bezeichnete bereits das vorlegende Gericht die Tarifvertragsregelung als nationale Regelung.¹¹ Ob der EuGH Tarifverträge auch dann als „nationale Regelung“ bezeichnen würde, wenn ihm nationale Gerichte diesen Ausdruck nicht „in den Mund legen“, ist offen.

II. Meinungsbild im Schrifttum zur Begründung der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung über die Umsetzungspflicht der Gerichte

Höpfner führt die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung auf die Umsetzungspflicht der deutschen Gerichte für Arbeitssachen zurück. Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Adeneler. Darin urteilt der EuGH, dass sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auf das innerstaatliche Recht und sich das Gebot zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung auf „das gesamte nationale Recht“ bezieht.¹² Tarifverträge ordnet Höpfner aufgrund ihrer normativen Wirkung in Deutschland der staatlichen Rechtsordnung zu. Daher soll sich die Umsetzungspflicht der Gerichte auch auf Tarifverträge erstrecken.¹³

⁷ *EuGH*, Urteil v. 24. 1. 2012 – C-282/10 (Dominguez), NZA 2012, 139 Rn. 25, Hervorhebungen durch Verfasser. In der spanischen Sprachfassung des Urteils wird im Übrigen allein der Begriff „Derecho nacional“ gebraucht und anders als etwa in der deutschen, englischen und französischen Sprachfassung nicht zwischen „national“/„national“/„national“ und „innerstaatlich“/„domestic“/„interne“ unterschieden.

⁸ *EuGH*, Urteil v. 21. 6. 2012 – C-78/11 (ANGED), NZA 2012, 851 Rn. 24.

⁹ *Tribunal Supremo*, Beschluss v. 26. 1. 2011 – ECLI: ES:TS:2011:3081A.

¹⁰ *GA Szpunar*, Schlussanträge v. 20. 11. 2014 – C-533/13 (AKT), BeckEuRS 2014, 406256 Rn. 124, 129.

¹¹ Vgl. *GA Szpunar*, Schlussanträge v. 20. 11. 2014 – C-533/13 (AKT), BeckEuRS 2014, 406256 Rn. 17, Vorlagefrage 2.

¹² *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 108 = NJW 2006, 2465.

¹³ *Höpfner*, Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BurIG; *ders.*, RdA 2013, 65, 72; *ders.*, Tarifgeltung, S. 262; vgl. dagegen *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1716, die eine über die Richtlinienbindung des Richters begründete richtlinienkonforme Auslegung als „Trick“ bezeichnen.

Maul-Sartori stimmt Höpfner im Ergebnis zu. Er führt die Verpflichtung der Gerichte jedoch auf Art. 153 Abs. 3 AEUV zurück, oder auf die Richtlinienbestimmung oder Rechtsprechung des EuGH, dass die Sozialpartner ihre Tarifautonomie in richtlinienunterlegten Regelungsbereichen entfalten dürfen.¹⁴ Diese Vorgaben seien gegenüber Art. 4 Abs. 3 EUV, Art. 288 Abs. 3 AEUV spezieller. Nach Maul-Sartoris sind Tarifverträge in „richtlinienunterlegten Regelungsbereichen“ wohl zumindest aus der Perspektive des Unionsrechts staatlich delegierte Rechtssetzung.

Auch wenn sich Wiedemann nicht dazu äußert, ob die Umsetzungspflicht der Gerichte die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung zur Folge hat, gehen seine Äußerungen doch in diese Richtung. Er entnimmt der Rechtsprechung des EuGH zum Verhältnis der RL 2000/78/EG zu Tarifverträgen, dass der EuGH das Tarifvertragsrecht mehr und mehr der staatlichen Gesetzgebung annähere.¹⁵ Der EuGH stelle Tarifverträge auf eine Stufe mit Rechts- und Verwaltungsverordnungen.¹⁶

Wißmann, Löwisch und Rieble sowie Thüsing lehnen es ab, aus der Umsetzungspflicht der nationalen Gerichte gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV das Gebot abzuleiten, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen. Tarifvertragsnormen erfüllten nicht den Auftrag des Art. 288 Abs. 3 AEUV.¹⁷ Ein Auslegungsdurchgriff ignoriere zudem die unterschiedlichen und relativen Bindungen von Staat und Tarifparteien.¹⁸ Trotz ihrer normativen Wirkung seien deutsche Tarifverträge auch nicht Bestandteil des nationalen Rechts, weil sie auf kollektiv ausgeübter Privatautonomie beruhten.¹⁹ Der Normcharakter des Tarifvertrags nehme Tarifverträge nicht in den Staatsdienst.²⁰ Schließlich müsse sich die Tarifvertragsauslegung am Willen der Tarifvertragsparteien orientieren, nicht an den Pflichten des Richters.²¹

Ausgangspunkt der Überlegungen im Schrifttum ist somit die Rechtsprechung des EuGH, wonach sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung auf das nationale Recht erstreckt. In der Folge begründen die verschiedenen Autoren, warum Tarifverträge dem nationalen Recht zuzuordnen sind oder warum das nicht der Fall ist.

¹⁴ NK-GA/Maul-Sartori, Art. 153 AEUV Rn. 59.

¹⁵ Wiedemann, in: FS Bepler, S. 605, 612.

¹⁶ Wiedemann, in: FS Bepler, S. 605, 613.

¹⁷ Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 657; ErfK/Schlachter, Vorbem. AEUV Rn. 42.

¹⁸ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1717.

¹⁹ Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304; vgl. Rieble/Zedler, ZfA 2006, 273, 279.

²⁰ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 1717.

²¹ Thüsing, ZIP 2004, 2301, 2304.

III. Ähnlich gelagerte Diskussionen im deutschen Recht

Rechtsprechung und Schrifttum begründen nur selten, wie weitreichend die Richtlinienbindung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV die Judikative zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verpflichtet. Die Dogmatik zur Reichweite des Art. 288 Abs. 3 AEUV ist bislang nicht stark ausgeprägt. Es ist daher lohnend, im deutschen Recht geführte Diskussionen in den Blick zu nehmen, bevor Art. 288 Abs. 3 AEUV unter IV. ausgelegt wird, da die Dogmatik im deutschen Recht in anderen Bereichen stärker ausgeprägt ist. Dazu werden Themenfelder beleuchtet, die Ähnlichkeiten mit der Diskussion um die Reichweite von Art. 288 Abs. 3 AEUV und der um die Kontrolle von Tarifverträgen anhand von Richtlinien aufweisen.

Eine gewisse Ähnlichkeit besteht zwischen der Frage nach der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen und der Frage, inwieweit und warum Kollektivverträge in Deutschland an den Grundrechten zu messen sind (dazu unter 1.). Dabei geht es um die Kontrolle von Kollektivverträgen anhand von Normen, die wie Richtlinien unmittelbar nur an den Staat gerichtet sind. Außerdem wird die Diskussion um die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte näher beleuchtet (dazu unter 2.). In Bezug auf die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte wird diskutiert, ob die nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG umfängliche Grundrechtsbindung der Judikative eingeschränkt werden muss. Im Rahmen der Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV wird sich die ähnliche Frage stellen, ob die auf den ersten Blick nicht näher eingeschränkte Richtlinienbindung der Judikative beschränkt ist.

1. Kontrolle von Kollektivverträgen anhand der Grundrechte

Ob Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen an den Grundrechten zu messen sind, zählt zu den Grundlagenfragen des Arbeitsrechts.

a) Kontrolle von Tarifverträgen anhand der Grundrechte

Bei Tarifverträgen differenziert die Rechtsprechung zwischen Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen auf der einen und Betriebsnormen auf der anderen Seite. Die Frage der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien beschäftigt nicht nur die Gerichte, sondern auch die arbeits- und verfassungsrechtliche Literatur bereits seit Jahrzehnten. Für die Zwecke der Untersuchung ist es jedoch nicht notwendig, das umfangreiche Schrifttum vollständig darzustellen. Um Argumentationsmuster im deutschen Recht aufzuzeigen, genügt es, dass sich die nachfolgende Darstellung neben der Rechtsprechung auf einen Ausschnitt des Meinungsbildes in der Literatur beschränkt.

aa) Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen

Früher entsprach es der herrschenden Meinung, Tarifautonomie als staatlich delegierte Normsetzung anzusehen.²² Mit der Einstufung als staatlich delegierte Normsetzung war konsequenterweise auch eine gesetzgebergleiche Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien verbunden.²³ Das BAG kontrollierte Tarifverträge daher unmittelbar an den Grundrechten und dem Übermaßverbot. Mit einem gewandelten Verständnis der Tarifautonomie wandelte sich jedoch auch die Rechtsprechung zur Grundrechtsbindung.²⁴ Nachdem die Rechtsprechung auf den Pfad einschwenkte, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie zu verstehen, musste sie ihre Haltung zur Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien revidieren. Eine gesetzgebergleiche Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien lässt sich bei einem privatautonomen Erklärungsmodell nicht rechtfertigen.²⁵ Nunmehr stützen sich Teile des BAG auf die aus den Grundrechten entspringenden Schutzpflichten. Die Schutzpflichten sollen den Gerichten aufgeben, grundrechtswidrigen Tarifvertragsnormen die Durchsetzung zu versagen.²⁶ Das BAG geht somit von einer „mittelbaren Grundrechtsbindung“ der Tarifvertragsparteien aus. Jedoch lässt das BAG auch in zahlreichen Entscheidungen offen, ob die Tarifvertragsparteien mittelbar oder unmittelbar an den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG gebunden sind, weil sich die Prüfungsmaßstäbe nicht unterscheiden.²⁷

Teile der Literatur vertreten nach wie vor, dass Tarifverträge am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu überprüfen sind. Als Grund dafür wird angesehen, dass Tarif-

²² Etwa BAG, Urteil v. 15. 1. 1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, 687 = BAGE 1, 258.

²³ Siehe etwa BAG, Urteil v. 15. 1. 1955 – 1 AZR 305/54, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG = BAGE 1, 258 oder BAG, Urteil v. 13. 5. 1997 – 3 AZR 66/96, NZA 1997, 1294, 1295.

²⁴ Ausführlich zu den Entwicklungslinien und zur heutigen Rechtsprechung der einzelnen Senate des BAG Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 262 ff.

²⁵ Ausdrücklich gegen eine unmittelbare Grundrechtsbindung BAG, Urteil v. 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401 = BAGE 111, 8; BAG, Urteil v. 25. 1. 2012 – 4 AZR 147/10, NZA-RR 2012, 530 Rn. 31 = BAGE 140, 291; BAG, Urteil v. 19. 12. 2013 – 6 AZR 145/12, ZTR 2014, 276 Rn. 36; BAG, Urteil v. 13. 11. 2014 – 6 AZR 1102/12, NZA-RR 2015, 608 Rn. 41 = BAGE 150, 36; BAG, Urteil v. 19. 1. 2016 – 9 AZR 564/14, NZA 2016, 776 Rn. 21; BAG, Urteil v. 27. 6. 2018 – 10 AZR 290/17, NZA 2018, 1344 Rn. 33 = BAGE 163, 144; BAG, Urteil v. 19. 12. 2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 19.

²⁶ BAG, Urteil v. 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03, NZA 2004, 1399, 1401 f. = BAGE 111, 8; BAG, Urteil v. 25. 1. 2012 – 4 AZR 147/10, NZA-RR 2012, 530 Rn. 31 = BAGE 140, 291; BAG, Urteil v. 19. 12. 2013 – 6 AZR 145/12, ZTR 2014, 276 Rn. 36; BAG, Urteil v. 13. 11. 2014 – 6 AZR 1102/12, NZA-RR 2015, 608 Rn. 41 = BAGE 150, 36; BAG, Urteil v. 19. 1. 2016 – 9 AZR 564/14, NZA 2016, 776 Rn. 21; BAG, Urteil v. 19. 12. 2019 – 6 AZR 563/18, NZA 2020, 734 Rn. 21 ff.

²⁷ BAG, Urteil v. 7. 2. 2007 – 5 AZR 229/06, NZA-RR 2007, 327 Rn. 21; BAG, Urteil v. 21. 9. 2010 – 9 AZR 442/09, AP Nr. 323 zu Art. 3 GG Rn. 26; BAG, Urteil v. 13. 10. 2010 – 5 AZR 378/09, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Verkehrsgewerbe Rn. 19; vgl. BAG, Urteil v. 12. 12. 2012 – 10 AZR 718/11, NZA 2013, 577 Rn. 31; vgl. BAG, Urteil v. 20. 6. 2013 – 2 AZR 295/12, NZA 2014, 208 Rn. 55 = BAGE 145, 296; vgl. BAG, Urteil v. 12. 11. 2013 – 3 AZR 92/12, NZA-RR 2014, 315 Rn. 55; vgl. BAG, Urteil v. 4. 8. 2015 – 3 AZR 508/13, NZA-RR 2016, 30 Rn. 32.

vertragsparteien gegenüber ihren Mitgliedern soziale Macht ausüben.²⁸ Andere stimmen der von Teilen des BAG vertretenen Auffassung weitgehend zu, dass die Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind, sondern die Schutzfunktion der Grundrechte die tarifvertragliche Gestaltungsmacht begrenzt.²⁹ Burkiczak, Frieling und Jacobs verschließen sich zwar einer mittelbaren Grundrechtsbindung nicht vollständig, ziehen ihr aber sehr enge Grenzen.³⁰ Auf die grundrechtlichen Schutzpflichten sollen die Gerichte erst zurückgreifen dürfen, wenn der Gesetzgeber, der über eine weite Einschätzungsprärogative verfügt, seine Schutzpflicht verletzt habe. Selbst dann gelte aber der Vorbehalt des Gesetzes, sodass den Fachgerichten die Hände gebunden seien, wenn der Gesetzgeber keine gesetzliche Grundlage geschaffen habe, in die Grundrechtsposition Dritter einzugreifen.³¹ Den in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG normierten Gleichheitsrechten sprechen sie entgegen der Auffassung des BAG ab, staatliche Schutzpflichten gegenüber privatem Handeln zu statuieren.³²

bb) Betriebsnormen

Während sich die Diskussion bei Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen weitestgehend auf die Frage beschränken lässt, ob diese Normen an den Grundrechten zu messen sind, ist die Situation im Fall von Betriebsnormen wesentlich vielschichtiger. Das liegt daran, dass das Schutzbedürfnis der Arbeitsvertragsparteien, das in den Äußerungen von Rechtsprechung und Literatur zumindest mitschwingt, unterschiedlich groß ist, je nachdem wie vorgelagerte Fragen entschieden werden.³³ Beispielhaft genannt seien die Fragen: Welche Tarifnormen sind Betriebsnormen, wie weit reicht die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien für Betriebsnormen, und wen binden Betriebsnormen?

²⁸ Däubler, KJ 2014, 372, 382; vgl. Däubler/Ulber, Einl. Rn. 277; vgl. Däubler/Däubler, Einl. Rn. 149.

²⁹ Dieterich, in: FS Schaub, S. 117, 124 ff.; vgl. Däubler/Schick TVG (3. Aufl. 2012), Einl. Rn. 212, nach der die Schutzgebotsfunktion greift, soweit strukturelle Funktionsdefizite der Tarifvertragsaushandlung typisierbar sind; Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 662, aber gesetzgebergleiche Bindung an die Grundrechte; vgl. Wiedemann/Wiedemann (7. Aufl. 2007), Einl. Rn. 187, 195 f., der die Theorie der von der Verfassung vorgegebenen Wertordnung bevorzugt und gleichzeitig sowohl das Untermaßverbot als auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Prüfungsmaßstab ansieht, Rn. 199.

³⁰ Burkiczak, RdA 2007, 17, 19 f.; NK-GA/Frieling, Art. 3 GG Rn. 55 ff.; Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 342 ff.

³¹ Ebenso Gornik, NZA 2012, 1399, 1404; vgl. Dieterich, in: FS Schaub, S. 117, 124, nach dem die Gerichte „das geltende Tarifvertragsrecht im Wege verfassungskonformer Auslegung zu ergänzen“ haben.

³² Burkiczak, RdA 2007, 17, 20 ff.; ebenso für Art. 3 Abs. 1 GG NK-GA/Frieling, Art. 3 GG Rn. 56 und Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 349; a. A. Dieterich, in: FS Schaub, S. 117, 128, der die Diskriminierungsverbote des Art. 3 GG als „ungeschriebene Grenzen der Tarifautonomie“ ansieht.

³³ Zu den Einzelfragen siehe etwa Wiedemann/Thüsing, § 1 TVG Rn. 676 ff.

Das Meinungsspektrum zu diesen und weiteren Fragen darzustellen, würde an dieser Stelle zu weit führen.³⁴ Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich daher überblicksartig auf Äußerungen, denen zufolge Betriebsnormen an den Grundrechten zu messen sind. Dabei interessiert erneut die Begründung, weshalb Tarifnormen auf Konformität mit Rechtsnormen zu überprüfen sein sollen, die sich gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Staatsgewalten richten.

Das BAG unterzieht tarifliche Betriebsnormen, die Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit belasten, einer gerichtlichen Inhaltskontrolle.³⁵ Kontrollmaßstab soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sein³⁶ und nicht bloß das aus der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte folgende Untermaßverbot.³⁷ Als Grund nennt das BAG, dass es „besonderer rechtsstaatlicher Sicherungen“ bedürfe, sobald und soweit die mitgliedschaftliche Legitimationsgrundlage tarifvertraglicher Regelungen überschritten werde. Betriebsnormen seien daher wie Regelungen anderer fremdbestimmender Normgeber, wie etwa des Gesetzgebers, am Übermaßverbot zu messen. Es fehle die privatautonome Legitimationsgrundlage, die es rechtfertige, tarifliche Regelungen nicht am Übermaßverbot zu messen. Entscheidender Gedanke des BAG ist es also, aus der fehlenden privatautonomen Legitimation der Geltung von Betriebsnormen für Außenseiter zu schließen, dass Betriebsnormen aus rechtsstaatlichen Gründen an den Grundrechten zu messen sind. Heteronome Rechtsetzung soll also zu einer Kontrolle durch die Gerichte führen, die der des Gesetzgebers gleicht.

Zwar führt das BAG nicht selbst aus, was es mit „rechtsstaatlichen Sicherungen“ meint, warum also aus dem Rechtsstaatsprinzip eine Kontrolle nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgen soll. Es stimmt jedoch Dieterich darin zu, dass die Einbeziehung von Außenseitern eher eine Frage der rechtsstaatlichen Legitimationsgrundlage sei³⁸, und verweist dazu auf dessen Beitrag in der Festschrift für Däubler.³⁹ Dort führt Dieterich aus, dass in einem Rechtsstaat „normative Bindungen, also Freiheitsbeschränkungen“ demokratisch legitimiert sein müssten.⁴⁰ Tarifliche Normen bedürften einer zweistufigen Legitimation: zunächst einer verbandsrechtlichen Legitimation und anschließend einer Anerkennung als Normen im rechtstechnischen Sinne einer gesetzlichen Grundlage.⁴¹ Die privatautonome Legitimationsgrundlage sei bei Betriebsnormen defizitär.

³⁴ Weiterführend sei hier nur auf die umfangreichen Monographien von *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb und *Arnold*, Betriebliche Tarifnormen verwiesen.

³⁵ BAG, Beschluss v. 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 Rn. 47 = BAGE 136, 237.

³⁶ BAG, Beschluss v. 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 Rn. 48 = BAGE 136, 237.

³⁷ BAG, Beschluss v. 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 Rn. 47 = BAGE 136, 237.

³⁸ BAG, Beschluss v. 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751 Rn. 44 = BAGE 136, 237.

³⁹ Dieterich, in: FS Däubler, S. 451.

⁴⁰ Dieterich, in: FS Däubler, S. 451, 456.

⁴¹ Dieterich, in: FS Däubler, S. 451, 457.

Teile der Literatur stimmen dem BAG zu, dass Betriebsnormen wie staatliche Gesetze auch an den Grundrechten und dem Übermaßverbot zu messen sind.⁴² Es bedürfe rechtsstaatlicher Sicherungen, wenn wie bei Betriebsnormen die Mitgliedschaftliche Legitimation fehle⁴³, da die Tarifvertragsparteien nicht legitimiert seien, Normen für Außenseiter zu setzen⁴⁴. Daher seien die Tarifvertragsparteien nur befugt, Betriebsnormen zu erlassen, wenn sie dafür gesetzlich ermächtigt seien. Folge der Rückführung auf eine gesetzliche Ermächtigung sei, dass die Delegationstheorie gelte. Der Gesetzgeber könne den Tarifvertragsparteien nicht mehr Regelungsbefugnis übertragen, als er selbst habe, sodass die Tarifvertragsparteien die Grundrechte wie der Gesetzgeber beachten müssten. Giesen begründet die Grundrechtskontrolle betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen unmittelbar mit Art. 1 Abs. 3 GG.⁴⁵ Diese Tarifnormen seien staatlich delegiertes Recht⁴⁶, soweit sie auf einer verfassungskonformen Normsetzungsdelegation beruhten und somit für Außenseiter-Arbeitnehmer gälten⁴⁷.

Demgegenüber befürworten andere lediglich eine mittelbare Grundrechtsbindung, weil Betriebsnormen im Verhältnis des Arbeitgebers zum Arbeitnehmern erst noch umgesetzt werden müssten.⁴⁸ Damit wird eine vorgelagerte Frage anders beantwortet als vom BAG. Das hat zur Folge, dass das Legitimationsdefizit vermieden wird, das das BAG festgestellt hat. Auch weitere Autoren gehen ähnlich vor⁴⁹ und messen Betriebsnormen nicht an Grundrechten.

⁴² *Reuter*, in: FS Birk, S. 717, 735; *Däubler*, KJ 2014, 372, 377; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 662, 669, die von einem „einheitlichen Grundrechtsschutzstandard“ für Tarifverträge ausgehen; *ErfK/Schmidt*, Art. 12 GG Rn. 25.

⁴³ *ErfK/Schmidt*, Art. 12 GG Rn. 25; vgl. auch *Däubler*, KJ 2014, 372, 377.

⁴⁴ *Reuter*, in: FS Birk, S. 717, 735.

⁴⁵ *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 257 f., 378.

⁴⁶ *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 378.

⁴⁷ Vgl. *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, S. 307 ff. Die Außenseitergeltung betrieblicher Tarifnormen lehnt er hingegen ab, da §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 TVG nicht hinreichend konkret seien, um verfassungskonform staatliche Normsetzungsbefugnisse über Außenseiter zu delegieren, S. 450 ff.

⁴⁸ *Schaub/Treber*, § 198 Rn. 8; vgl. *JKOS/Krause*, § 4 Rn. 51, der auf die gerichtlichen Schutzpflichten abstellt und eine Kontrolle am Untermaßverbot ausrichtet.

⁴⁹ Z. B. *Dieterich*, in: FS *Däubler*, S. 451, 458 ff. definiert Betriebsnormen enger als das BAG und begrenzt ihre Bindungswirkung; *Däubler/Lorenz*, § 3 TVG Rn. 65, nach dem die Geltungserstreckung auf Außenseiter durch eine betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung kompensiert wird, der die Tarifvertragsparteien aber generell an die Grundrechte gebunden sieht; vgl. *NK-GA/Frieling*, Art. 3 GG Rn. 65.

b) Kontrolle von Betriebsvereinbarungen anhand der Grundrechte

Betriebsvereinbarungen sind nach ständiger Rechtsprechung und der Literatur an den Grundrechten zu messen.⁵⁰ Gemessen werden Betriebsvereinbarungen vor allem an der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG⁵¹, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁵² und der Berufsfreiheit, Art. 12 GG.⁵³ Einfallstor für die Grundrechtskontrolle soll § 75 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BetrVG sein.⁵⁴ Danach müssen die Betriebsparteien darüber wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden. Außerdem müssen die Betriebsparteien die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb tätigen Personen schützen und fördern. Nach dem BAG sind die Betriebsparteien daher verpflichtet, die grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte zu wahren.⁵⁵ Diese Wirkweise der Grundrechte wird als „mittelbare Drittwirkung“ bezeichnet.⁵⁶ Andere würden sie als verfassungskonforme⁵⁷ oder verfassungsorientierte⁵⁸ Auslegung bezeichnen.

⁵⁰ Zum Wandel der Rechtsprechung von der Billigkeitskontrolle zur Verhältnismäßigkeitsprüfung *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211 ff.

⁵¹ BAG, Urteil v. 11. 7. 2000 – 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464 = BAGE 95, 221; BAG, Urteil v. 18. 7. 2006 – 1 AZR 578/05, NZA 2007, 462 Rn. 34 = BAGE 119, 122; BAG, Beschluss v. 13. 2. 2007 – 1 ABR 18/06, NZA 2007, 640 Rn. 21 = BAGE 121, 147; vgl. *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 218, nach dem § 75 Abs. 2 BetrVG Art. 2 Abs. 1 GG „auf einfachgesetzlichem Wege zur Geltung“ verhilft; vgl. dagegen *Kreutz*, in: FS Schmidt-Jortzig, S. 753, 764, nach dem Art. 2 Abs. 1 GG nur über die mittelbare Drittwirkung in § 75 Abs. 1 BetrVG, nicht aber über § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG geschützt ist.

⁵² BAG, Beschluss v. 26. 8. 2008 – 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187 Rn. 14 = BAGE 127, 276; BAG, Beschluss v. 15. 4. 2014 – 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551 Rn. 40 = BAGE 148, 26.

⁵³ BAG, Urteil v. 12. 4. 2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989 Rn. 20 = BAGE 137, 300.

⁵⁴ BAG, Urteil v. 11. 7. 2000 – 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464 = BAGE 95, 221; BAG, Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 23 = BAGE 120, 308; BAG, Urteil v. 12. 4. 2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989 Rn. 20 = BAGE 137, 300; BAG, Beschluss v. 15. 4. 2014 – 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551 Rn. 39 = BAGE 148, 26; GK BetrVG/*Kreutz*, § 77 BetrVG Rn. 336 differenziert „strikt“ zwischen den Verpflichtungen aus § 75 Abs. 1 BetrVG und § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG, ebenso bereits *ders.*, in: FS Schmidt-Jortzig, S. 753, 759 ff.; ErfK/*Schmidt*, Einl. GG Rn. 24, 57.

⁵⁵ BAG, Urteil v. 11. 7. 2000 – 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464 = BAGE 95, 221; BAG, Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 23 = BAGE 120, 308; zustimmend MHHbArbR/*Fischinger*, § 7 Rn. 37; vgl. *Kreutz*, in: FS Schmidt-Jortzig, S. 753, 760 und GK BetrVG/*Kreutz*/*Jacobs*, § 75 BetrVG Rn. 29, nach denen die Wahrung der Grundsätze des Rechts „alle grundrechtlichen objektiven Wertentscheidungen“ bzw. „die grundlegenden Wertentscheidungen des GG“ umfasst; vgl. ErfK/*Kania*, § 75 BetrVG Rn. 5; vgl. HWGNRH/*Worzalla*, § 75 BetrVG Rn. 6.

⁵⁶ Vgl. *Kreutz*, in: FS Schmidt-Jortzig, S. 753, 758; vgl. GK BetrVG/*ders.*, § 77 BetrVG Rn. 333, 336; vgl. BAG, Urteil v. 12. 11. 2002 – 1 AZR 58/02, NZA 2003, 1287, 1290 = BAGE 103, 321, wo das BAG ausdrücklich auf die „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte abstellt und diese mit der grundrechtlichen Schutzpflicht der Gerichte begründet.

⁵⁷ Vgl. *Kulick*, NJW 2016, 2236.

⁵⁸ Vgl. *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, S. 178 ff.

Die Kontrolle durch die Rechtsprechung beschränkt sich nicht bloß auf eine Kontrolle anhand des Untermaßverbots, sondern soll anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgenommen werden.⁵⁹ Damit werden Betriebsvereinbarungen nach einem strengeren Maßstab kontrolliert als tarifvertragliche Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen.⁶⁰ Grund für die unterschiedliche Kontrollintensität sollen die Unterschiede zwischen beiden Vereinbarungsformen sein.⁶¹ Sie sind in unterschiedlicher Weise in der Verfassung verankert, kennen andere Konfliktlösungsmechanismen und verfügen über ein unterschiedliches Maß an Legitimation. Während die Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG verankert ist, ist die Betriebsverfassung allein in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG normiert, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Betriebsverfassung zuspricht.⁶² Streiten sich die Betriebsparteien über den Inhalt einer Betriebsvereinbarung, gibt es im Bereich der zwingenden Mitbestimmung die Möglichkeit einer Zwangsschlichtung durch die Einigungsstelle.⁶³ Nach einer solchen Zwangsschlichtung können die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer an Regelungen gebunden sein, denen sie bzw. die Betriebsräte nicht zugestimmt haben. Dagegen ist dem Tarifvertragswesen eine Zwangsschlichtung fremd. Konflikte werden über den Arbeitskampf ausgetragen. Schließlich verfügen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen über ein unterschiedliches Ausmaß an Legitimation gegenüber den jeweils Normunterworfenen.⁶⁴ Während Tarifverträge nach heute herrschender Auffassung das Ergebnis kollektiv ausgeübter Privatautonomie sind, sind Betriebsvereinbarungen aus Sicht der Arbeitnehmer heteronome Rechtsetzung.⁶⁵ Weder der Abschluss des Arbeitsvertrags noch die Teilnahme an Betriebsratswahlen oder die auf dem Willen der Arbeitnehmer beruhende Eingliederung in den Betrieb ändern etwas daran, dass Betriebsvereinbarungen aus Arbeitnehmersicht Fremdbestimmung sind.⁶⁶ Gelten für Arbeitnehmer nicht selbst bestimmte, sondern fremdbestimmte

⁵⁹ BAG, Urteil v. 11. 7. 2000 – 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464 = BAGE 95, 221; BAG, Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 24 = BAGE 120, 308; BAG, Beschluss v. 13. 2. 2007 – 1 ABR 18/06, NZA 2007, 640 Rn. 21 = BAGE 121, 147; BAG, Beschluss v. 26. 8. 2008 – 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187 Rn. 17 = BAGE 127, 276; BAG, Urteil v. 12. 4. 2011 – 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989 Rn. 29 = BAGE 137, 300; BAG, Beschluss v. 15. 4. 2014 – 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551 Rn. 41 = BAGE 148, 26; *Linsenmaier*, RdA 2008, 1, 8; *Kreutz*, in: FS Schmidt-Jortzig, S. 753, 767 ff.; GK BetrVG/ders., § 77 BetrVG Rn. 333 f., 337; vgl. *ErfK/Schmidt*, Einl. GG Rn. 57.

⁶⁰ Ausdrücklich für das Verhältnis von Betriebsvereinbarungen und tarifvertraglichen Normen BAG, Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 25 = BAGE 120, 308.

⁶¹ Kritisch *Rolfs*, RdA 2006, 349, 355.

⁶² Vgl. BAG, Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 25 = BAGE 120, 308; vgl. *Linsenmaier*, RdA 2008, 1, 4, 8; vgl. *Dieterich*, in: FS Richardi, S. 117, 118.

⁶³ *Dieterich*, in: FS Richardi, S. 117, 118.

⁶⁴ BAG, Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, NZA 2007, 453 Rn. 25 = BAGE 120, 308; *Dieterich*, in: FS Richardi, S. 117 f.; dazu auch *Linsenmaier*, RdA 2008, 1, 4 f., 8.

⁶⁵ *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 212 f.; *Linsenmaier*, RdA 2008, 1, 3; *Kreutz*, in: FS Schmidt-Jortzig, S. 753: „Betriebsvereinbarung als privatheteronomes Geschäft“; *Preis/Ulber*, RdA 2013, 211, 212.

⁶⁶ *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S. 213; vgl. *Linsenmaier*, RdA 2008, 1, 4 f.

Normen, soll es notwendig sein, die Regelungen auf ihre Grundrechtskonformität zu kontrollieren, um die Arbeitnehmer davor zu schützen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden.

c) Zusammenfassung:

Legitimation der Normwirkung als Argumentationstopos

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen müssen also nach herrschender Auffassung aus unterschiedlichen Gründen die Grundrechte beachten. Die unterschiedlichen Begründungen werden nachfolgend nicht nur zusammengefasst, sondern der Blick wird insbesondere auch darauf gerichtet, welche Argumentationsansätze sich möglicherweise im Rahmen der Auslegungsfrage fruchtbar machen lassen, ob Gerichte aufgrund ihrer Richtlinienbindung Tarifverträge an Richtlinien messen müssen.

Die deutschen Grundrechte binden die Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar, so wie auch Richtlinien die privaten Tarifvertragsparteien nicht unmittelbar binden.⁶⁷ Seitdem Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie verstanden wird, stehen die gerichtlichen Schutzpflichten im Fokus der Diskussion um die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien bei Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen. Die Schutzpflichten sind Ausgangspunkt dafür, eine „mittelbare Grundrechtsbindung“ der Tarifvertragsparteien zu bejahen oder abzulehnen. Im Bereich von Richtlinien sind Schutzpflichten jedoch bislang nicht anerkannt. Daher lassen sich aus der Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen auch keine Erkenntnisse gewinnen, die im Rahmen der Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV fruchtbar gemacht werden können. Richtlinien müssen allerdings auch nicht in vergleichbarer Weise wie Grundrechte wirken können, damit eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung besteht, da bereits eine extensive Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV dazu führen kann, Tarifverträge an Richtlinien zu messen. Im Ergebnis würden dann Tarifverträge wie bei der mittelbaren Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien aufgrund einer an den Staat gerichteten Pflicht – Art. 288 Abs. 3 AEUV anstatt der grundrechtlichen Schutzpflichten – darauf überprüft, ob sie konform mit höherrangigem Recht sind.

Sowohl Betriebsnormen als auch Betriebsvereinbarungen sind nach Auffassung der Rechtsprechung an den Grundrechten zu messen. Das Bedürfnis für die Grundrechtsprüfung wird jeweils aus einem Legitimationsdefizit der Normwirkung abgeleitet: Sind Außenseiter an Betriebsnormen gebunden, ist die Normwirkung ihnen gegenüber nicht privatautonom durch einen Beitritt zur Gewerkschaft legitimiert. Auch die normative Wirkung von Betriebsvereinbarungen kann sich nicht auf eine privatautonome Legitimation stützen. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur begründen mit dem Legitimationsdefizit also das Bedürfnis, Betriebs-

⁶⁷ Zur Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien siehe 2. Teil 2. Kapitel C. (S. 173 ff.).

normen und Betriebsvereinbarungen an einem strengeren Maßstab zu messen als etwa Individualverträge sowie Inhalts-, Abschluss und Beendigungsnormen von Tarifverträgen. Die Art und Weise, wie das Kontrollbedürfnis rechtlich in eine tatsächliche Kontrolle umgesetzt wird, unterscheidet sich aber. Um Betriebsnormen an den Grundrechten messen zu können, greift die Rechtsprechung anders als bei anderen Tarifvertragsnormen nicht auf die aus den Grundrechten erwachsenden Schutzpflichten zurück. Sie stützt sich vielmehr auf das Rechtsstaatsprinzip und leitet daraus ab, dass Betriebsnormen am Übermaßverbot zu messen sind. Bei Betriebsvereinbarungen ist hingegen § 75 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BetrVG „Transmissionsriemen“ für die verfassungsrechtlichen Wertungen. Im Wege der verfassungsorientierten Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe sollen die Grundrechte auf Betriebsvereinbarungen einwirken. Betriebsvereinbarungen sollen in der Folge ebenfalls am Übermaßverbot zu messen sein. Im Verhältnis von Betriebsnormen und Betriebsvereinbarungen zu den Grundrechten deckt sich also die Begründung, warum diese Normen an den Grundrechten zu messen sein sollen – es besteht ein Legitimationsdefizit –, sowie der Prüfungsmaßstab – das Übermaßverbot. Unterschiede bestehen dagegen bei der Frage, wie das Kontrollbedürfnis in eine tatsächliche Kontrolle umgesetzt werden kann.

Die fehlende privatautonome Legitimation einer Normwirkung wird im deutschen arbeitsrechtlichen Diskurs also als Kriterium herangezogen, eine engmaschigere Kontrolle privater Vereinbarungen zu begründen. Ein Legitimationsdefizit ist ein Argumentationstopos für die Kontrolle privater Vereinbarungen an höherrangigem Recht.

2. Beschränkte Grundrechtsbindung der Zivilgerichte

Das zweite Diskussionsfeld, das neben der Grundrechtskontrolle von Kollektivverträgen in den Blick genommen werden soll, ist das um die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte. Art. 1 Abs. 3 GG bringt in einer Art. 288 Abs. 3 AEUV auf den ersten Blick vergleichbaren Weise zum Ausdruck, dass die Grundrechte wie Richtlinien staatsgerichtet und die Gerichte an sie gebunden sind. Die Meinungslandschaft zur Reichweite der Grundrechtsbindung der Gerichte ist allerdings wesentlich ausgeprägter als die zur Reichweite der Richtlinienbindung der Gerichte. Zunächst sollen daher die wesentlichen Entwicklungslinien und Positionen zur Reichweite der Grundrechtsbindung der Gerichte nachgezeichnet werden (dazu unter a)). Da die Darstellung vor dem Hintergrund der Richtlinienbindung der Gerichte für Arbeitssachen erfolgt, beschränkt sich die Darstellung auf die Grundrechtsbindung der *Zivil*gerichte. In einem zweiten Schritt wird anschließend untersucht, ob sich die gewonnenen Erkenntnisse auf die Reichweite der Richtlinienbindung der Gerichte übertragen lassen (dazu unter b)).

*a) Reichweite der Grundrechtsbindung der Gerichte
gemäß Art. 1 Abs. 3 GG*

Bereits in den Anfangsjahren der Bundesrepublik wird um die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte gestritten. Eingebettet ist diese Diskussion in den großen Konflikt um die Grundrechtswirkungen im Privatrecht. Dieser wird auch in Grundzügen dargestellt, um den Kontext der Debatte um die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte zu verdeutlichen. In der Diskussion um die Grundrechtswirkungen im Privatrecht sprechen sich die Vertreter einer „unmittelbaren Drittwirkung“⁶⁸ dafür aus, dass Grundrechte auch zwischen Privaten unmittelbar wirken. Dagegen wenden sich die Vertreter einer „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte. Ihrer Auffassung nach wirken Grundrechte nur über das Medium des staatlichen Rechts auf private Rechtsverhältnisse ein.

Für eine „unmittelbare Drittwirkung“ spricht sich insbesondere Nipperdey aus und mit ihm das BAG.⁶⁹ Nipperdey befürwortet es, bei jedem Grundrecht zu prüfen, ob es „auch im Privatrechtsverkehr maßgebend sein“ soll.⁷⁰ Für Art. 3 Abs. 2 und 3 GG bejaht er das. Der aus diesen Normen folgende Grundsatz „Gleicher Lohn der Frau für gleiche Arbeit“ wirke sich praktisch allein zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus und habe daher entgegen dem Normzweck bloß „deklamatorischen Charakter“, wenn ihm keine unmittelbare Drittwirkung zukomme.⁷¹ Nach damaliger Ansicht des BAG sind „eine Reihe bedeutsamer Grundrechte“ Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben.⁷² Privatrechtliche Abmachungen dürften ihnen nicht widersprechen. Eine „unmittelbare Drittwirkung“ bejahte das BAG für Art. 3 Abs. 3, Art. 5 und Art. 6 Abs. 1 GG. Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen ein im Privatrecht wirkendes Grundrecht, ist Folge der „unmittelbaren Drittwirkung“, dass das Rechtsgeschäft in der Regel nichtig ist.⁷³

Der andere Pol in der Diskussion bildet sich um Dürig. Er lehnt unter anderem mit Verweis auf Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG eine „unmittelbare Drittwirkung“

⁶⁸ Vgl. zum Begriff der „Drittwirkung“ *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1513 f.; vgl. *Ruffert*, Vorang der Verfassung, S. 28, der die Kategorien „unmittelbare“ und „mittelbare Drittwirkung“ nur noch in engen Grenzen für weiterführend hält.

⁶⁹ *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 124 f.; *BAG*, Urteil v. 3. 12. 1954 – 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606, 607 = BAGE 1, 185; *BAG*, Urteil v. 15. 1. 1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, 685 f. = BAGE 1, 258; *BAG*, Urteil v. 10. 5. 1957 – 1 AZR 249/56, NJW 1957, 1688, 1689 = BAGE 4, 274; vgl. für weitere Nachweise von Vertretern dieser Auffassung *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1531 f.

⁷⁰ *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1, S. 98.

⁷¹ *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125.

⁷² *BAG*, Urteil v. 3. 12. 1954 – 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606, 607 = BAGE 1, 185; bestätigt in *BAG*, Urteil v. 15. 1. 1955 – 1 AZR 305/54, NJW 1955, 684, 685 f. = BAGE 1, 258 und *BAG*, Urteil v. 10. 5. 1957 – 1 AZR 249/56, NJW 1957, 1688, 1689 = BAGE 4, 274; ebenso *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1, S. 93.

⁷³ *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1, S. 95.

der Grundrechte ab.⁷⁴ Auch heute entspricht es der herrschenden Meinung, dass Grundrechte nicht unmittelbar zwischen Privaten wirken.⁷⁵ Als Gegenstück zur „unmittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte spricht sich Dürig für eine „mittelbare Drittwirkung“ im Privatrecht aus.⁷⁶ Das entspricht der heute herrschenden Auffassung.⁷⁷ Um Angriffe aus der Drittrichtung abzuwehren, ist laut Dürig der Weg über die „wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts“ einzuschlagen.⁷⁸ Dieser Sichtweise schließt sich das BVerfG in seinem berühmten Lüth-Urteil an, ohne ausdrücklich der unmittelbaren Drittwirkung eine Absage zu erteilen.⁷⁹ Das Grundgesetz etabliere in seinem Grundrechtsabschnitt eine „objektive Wertordnung“, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelte.⁸⁰ Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe im Widerspruch zum Wertsystem stehen, jede müsse in seinem Geiste ausgelegt werden.⁸¹ Der Rechtsgehalt der Grundrechte entfalte sich durch das Medium der Vorschriften, die das Privatrecht unmittelbar beherrschen.⁸² Dabei seien die Generalklauseln besonders geeignet, den Einfluss der Grundrechte zu realisieren.⁸³ In der Folge hält das BVerfG an der Lüth-Entscheidung fest und bezeichnet sie als ständige Rechtsprechung.⁸⁴ In den letzten Jahren rückt das BVerfG aber teilweise davon ab.⁸⁵ Es meidet die Begrifflichkeiten der „Ausstrahlungswirkung“ oder der „Wertordnung“ und rückt die „mittelbare Drittwirkung“ in manchen Entscheidungen terminologisch in die Nähe der verfassungskonformen

⁷⁴ Maunz/Dürig/Dürig (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 130.

⁷⁵ Müller-Franken, in: FS Bethge, S. 223, 226 ff.; Sachs/Höfling, Art. 1 GG Rn. 116; BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 310 ff.; Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 64.

⁷⁶ Vgl. Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157, 176 und Maunz/Dürig/ders. (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 132.

⁷⁷ Siehe etwa Canaris, AcP 184 (1984), 201, Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 70 und BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 328 ff.; kritisch Doebring, Staatsrecht, S. 208 f.

⁷⁸ Maunz/Dürig/Dürig (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 132; vgl. ders., in: FS Nawiasky, S. 157, 176; vgl. so bereits vor Erlass des Grundgesetzes Krüger, NJW 1949, 163.

⁷⁹ Vgl. BVerfG, Urteil v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 204 = NJW 1958, 257; Es bestehe „kein Anlass, die Streitfrage der sogenannten ‚Drittwirkung‘ der Grundrechte in vollem Umfang zu erörtern“.

⁸⁰ BVerfG, Urteil v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 205 = NJW 1958, 257.

⁸¹ BVerfG, Urteil v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 205 = NJW 1958, 257.

⁸² BVerfG, Urteil v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 205 = NJW 1958, 257.

⁸³ BVerfG, Urteil v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51 (Lüth), BVerfGE 7, 198, 206 = NJW 1958, 257.

⁸⁴ Etwa BVerfG, Beschluss v. 9. 10. 1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1, 13 = NJW 1992, 1439 und BVerfG, Beschluss v. 25. 10. 2005 – 1 BvR 1696/98, BVerfGE 114, 339, 348 = NJW 2006, 207; siehe auch BVerfG, Beschluss v. 23. 4. 1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 269 = NJW 1987, 827, wo das BVerfG eine unmittelbare Grundrechtsbindung des Richters bei der Streitentscheidung im Privatrecht ablehnt und anschließend auf die Lüth-Rechtsprechung als „st. Rspr.“ verweist.

⁸⁵ Dazu Kulick, NJW 2016, 2236.

Auslegung.⁸⁶ In seinem Beschluss zum *Stadionverbot* kehrt das BVerfG jedoch zur „Ausstrahlungswirkung“ zurück.⁸⁷

Während Dürig eine Grundrechtsbindung Privater ablehnt, sieht er die Rechtsprechung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG als grundrechtsgebunden an.⁸⁸ Dabei differenziert er: Gerichte sollen, was „die Art und Weise der Rechtsprechung“ betrifft, grundrechtsgebunden sein; dagegen nicht, wenn es um den Inhalt von Entscheidungen der Zivilrechtsprechung geht.⁸⁹ Mit „Art und Weise der Rechtsprechung“ meint er die „Verfahrensgestaltung“ sowie die „äußere Urteilsfindung“.⁹⁰ Die Reichweite der zivilgerichtlichen Bindung an Art. 1 Abs. 3 GG soll davon abhängen, inwieweit die privaten Rechtsverhältnisse, über die entschieden wird, grundrechtsgebunden sind.⁹¹ Von der Tatsache, dass Rechtsprechung eine hoheitliche und damit grundrechtsgebundene Tätigkeit sei, auf die unmittelbare Grundrechtsbindung des materiellen Zivilrechts zu schließen, hält Dürig dagegen für verfehlt.⁹² Ausschlaggebend sei die Grundrechtsbindung des materiellen Zivilrechts selbst.⁹³ Aus dem gegen den Staat gerichteten generellen Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG folge „im Grundsatz die Pflicht der öffentlichen Gewalt, [...] Verträge [...] Privater untereinander als rechtmäßig anzuerkennen, auch wenn sie Grundrechtssätzen der Verfassung widerstreiten, die für den Staat, wenn er als Handelnder aufträte, bindend wären“.⁹⁴ Das Grundrecht zugunsten der Individualautonomie und Eigenverantwortung relativiere die „absolute Wirkung“ der Grundrechte in der Drittrichtung.⁹⁵

Mit seinem Plädoyer gegen eine unmittelbare und für eine „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte möchte Dürig die Eigenständigkeit des Privatrechts

⁸⁶ Vgl. *BVerfG*, Beschluss v. 19. 7. 2011 – 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78, 101 f. = NJW 2011, 3428 und *BVerfG*, Urteil v. 31. 5. 2016 – 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74 Rn. 82 = NJW 2016, 2247; anders noch *BVerfG*, Beschluss v. 6. 12. 2005 – 1 BvR 1905/02, BVerfGE 115, 51, 67 = JZ 2006, 968, wo das BVerfG Unterschiede zwischen der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das einfache Recht und der verfassungskonformen Auslegung erkennt.

⁸⁷ *BVerfG*, Beschluss v. 11. 4. 2018 – 1 BvR 3080/09 (*Stadionverbot*), BVerfGE 148, 267 Rn. 30 ff. = NJW 2018, 1667.

⁸⁸ Maunz/Dürig/Dürig (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 118.

⁸⁹ Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157; Maunz/Dürig/ders. (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 119; a. A. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 24 f.

⁹⁰ Maunz/Dürig/Dürig (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 119.

⁹¹ Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157, 158 Fn. 2; Maunz/Dürig/ders. (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 121.

⁹² Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157; Maunz/Dürig/ders. (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 121; ebenso Doehring, Staatsrecht, S. 209, Stern, Staatsrecht III/1, S. 1445, 1482, 1486, Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 24, v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 240, HStR IX/Rüfner, § 197 Rn. 53, 97 und BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 307.

⁹³ Maunz/Dürig/Dürig (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 121; ebenso Stern, Staatsrecht III/1, S. 1445, 1486 f., 1551, Müller-Franken, in: FS Bethge, S. 223, 241, v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 240 und BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 307; vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 24.

⁹⁴ Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157, 159; Maunz/Dürig/ders. (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 130.

⁹⁵ Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157, 176.

bewahren.⁹⁶ Diesem Zweck dient wohl auch seine differenzierende Sichtweise zur Grundrechtsbindung der Gerichte. Mit der Differenzierung zwischen Verfahren und Entscheidungsinhalt möchte er wohl verhindern, dass die Grundrechtsbindung der Gerichte faktisch zu einer „unmittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte führt.

Bis heute ist die Dürig'sche Differenzierung bei der Grundrechtsbindung der Gerichte die in der Literatur herrschende Ansicht.⁹⁷ Auch das BVerfG geht davon aus, dass der Richter bei seiner „streitentscheidenden Tätigkeit auf dem Gebiet des Privatrechts“ nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist.⁹⁸ Bei der Verfahrensgestaltung soll er dagegen auch im Zivilrecht an die Grundrechte gebunden sein.⁹⁹ Zusätzlich hat sich die Meinung herausgebildet, dass die Gerichte bezüglich des Entscheidungsinhalts zwar nicht unmittelbar grundrechtsgebunden sind, aber die Grundrechtsbindung der Legislative und Exekutive achten müssen.¹⁰⁰ Es wird also teilweise eine abgeleitete Grundrechtsbindung der Gerichte angenommen.¹⁰¹ Canaris differenziert hingegen nicht zwischen den unterschiedlichen Tätigkeiten der Zivilgerichte, sondern nach dem Entscheidungsgegenstand.¹⁰² Staatliche Regelungen und Akte seien an den Grundrechten zu messen. Seien dagegen Regelungen oder Akte von Privatrechtssubjekten Gegenstand der gerichtlichen Prüfung, seien die Grundrechte nicht Prüfungsmaßstab.

Gegen die beschränkte Grundrechtsbindung der Gerichte wendet sich Poscher in seiner Habilitationsschrift. Er sieht die Gerichte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG als umfassend grundrechtsgebunden an.¹⁰³ Er lehnt es ab, bei der Grundrechtsbindung der Zivilrechtsprechung zwischen dem Verfahren und dem Entscheidungsinhalt zu differenzieren.¹⁰⁴ Aus seiner Sicht greifen Gerichte, wenn sie in Streitigkeiten zwischen Privaten ein Urteil sprechen, mit ihrer Entscheidung in die Grundrechte der beteiligten Parteien ein.¹⁰⁵ Die Parteien sollen sich gegen diesen

⁹⁶ Dürig, in: FS Nawiasky, S. 157, 183.

⁹⁷ Lorenz, NJW 1977, 865, 869; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1444 f., 1486 f.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 239 f.; HStR IX/Rüfner, § 197 Rn. 49 ff.; BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 298 ff.; vgl. Sachs/Höfling, Art. 1 GG Rn. 112; vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 1 GG Rn. 34; kritisch Ruffert, Vorrang der Verfassung, S. 124 ff.; dagegen Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 69, der danach differenziert inwieweit das Gesetz die Grundrechtsbeschränkung vorzeichnet.

⁹⁸ BVerfG, Beschluss v. 23. 4. 1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 269 = NJW 1987, 827.

⁹⁹ BVerfG, Beschluss v. 3. 10. 1979 – 1 BvR 726/78, BVerfGE 52, 203, 207 = NJW 1980, 580.

¹⁰⁰ HStR IX/Rüfner, § 197 Rn. 53; Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 1 GG Rn. 34; vgl. BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 302; wohl Sachs/Höfling, Art. 1 GG Rn. 112; vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung, S. 127.

¹⁰¹ BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 302; dagegen Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 161.

¹⁰² Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 36.

¹⁰³ So auch Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, S. 265 f.

¹⁰⁴ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 219.

¹⁰⁵ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 215 f., 220 f., 349 ff.; so auch HStR IX/Rüfner, § 197 Rn. 94.

Eingriff mit ihren Grundrechten in deren Abwehrfunktion wehren können. Die Besonderheit der Herangehensweise Poschers besteht darin, Dreieckskonstellationen aus zwei Privaten und einem Gericht als Abwehrkonstellationen zu deuten. Die Parteien können jeweils ihre Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem staatlichen Gericht geltend machen, ohne dass sich daraus eine „unmittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte ergeben würde. Das verhindert Poscher, indem er den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allein auf die staatliche Regelung des Konflikts bezieht.¹⁰⁶ Im Bereich der Gleichheitsrechte soll es etwa nur darauf ankommen, ob der Staat gleichheitswidrig handelt. Eine staatliche Regelung, die es den nicht zur Gleichbehandlung verpflichteten Bürgern ermögliche, andere privat ungleich zu behandeln, enthalte keinen Gleichheitsverstoß, solange die gesetzliche Regelung nicht selbst diskriminiere.¹⁰⁷ Würden Abwehrrechte gegen eine gerichtliche Entscheidung geltend gemacht, komme es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägungen nicht auf die vertraglichen Zielvorstellungen der Parteien, sondern auf den Zweck des Gesetzes an, das auf den Sachverhalt anwendbar sei.¹⁰⁸ Den Rückgriff auf grundrechtliche Schutzpflichten durch die Gerichte sieht er als weitgehend überflüssig an.¹⁰⁹

Mit seiner Habilitationsschrift baut Poscher auf Überlegungen von Schwabe auf. Nach Schwabe beruhen die Beeinträchtigungen der Grundrechte im Privatrechtsverkehr durch andere Private auf staatlicher Rechtsmacht.¹¹⁰ Das gelte nicht nur für den außervertraglichen, sondern auch für den vertraglichen Bereich.¹¹¹ Die Beeinträchtigungen erhielten ihre Bedeutung erst daher, dass sie von der Rechtsordnung getragen seien und notfalls von ihr durchgesetzt würden.¹¹² Damit plädiert Schwabe dafür, dass sich Private auch in Rechtsbeziehungen mit anderen Privaten gegenüber dem Staat auf die Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion berufen können. Obwohl er sich kritisch gegenüber der fehlenden Grundrechtsbindung des Richters in Bezug auf zivilrechtliche Entscheidungen zeigt, enthält er sich einer Stellungnahme, da bereits das materielle Zivilrecht an die Grundrechte gebunden sei.¹¹³ Bereits daher habe der Richter die Grundrechte zu beachten. Die Diskussion um die Drittwirkung ist für ihn ein „Scheinproblem“.¹¹⁴

Die Darstellung zeigt, dass es keine einheitliche Auffassung zur Reichweite der Grundrechtsbindung der Zivilgerichte gibt. Die überwiegende Meinung geht indes

¹⁰⁶ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 333, 338 ff.

¹⁰⁷ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 339 ff.

¹⁰⁸ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 350 ff.

¹⁰⁹ Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, S. 380 ff., 409; vgl. dagegen BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 339 ff., der es ablehnt, privatrechtliche Konstellationen ausschließlich abwehrrechtlich zu lösen.

¹¹⁰ Schwabe, Drittwirkung, S. 18.

¹¹¹ Schwabe, Drittwirkung, S. 19 ff., 67.

¹¹² Schwabe, Drittwirkung, S. 16 f.

¹¹³ Schwabe, Drittwirkung, S. 105 f.

¹¹⁴ Schwabe, Drittwirkung, S. 157.

von einer nur beschränkten Grundrechtsbindung der Zivilgerichte aus. Sie sollen bezüglich der Verfahrensgestaltung, nicht aber bezüglich des Entscheidungsinhalts grundrechtsgebunden sein. Entscheidend soll die (fehlende) Grundrechtsbindung des materiellen Zivilrechts sein. Ziel dieser Auffassung ist es, die Eigenständigkeit des Privatrechts und die Privatautonomie zu schützen. Daneben vertreten Teile der Literatur, dass sich die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte aus der Grundrechtsbindung der Legislative und Exekutive ergibt, die den Entscheidungsmaßstab für die gerichtliche Entscheidung schaffen. Geführt wird die Debatte um die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte im größeren Kontext der Grundrechtswirkungen im Privatrecht. Hierbei geht die herrschende Auffassung davon aus, dass die Grundrechte in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten nur mittelbar und nicht unmittelbar wirken.

*b) Differenzierung nicht unmittelbar übertragbar –
Schutz der Privatautonomie als Argumentationstopos*

Mit der differenzierten Grundrechtsbindung der Zivilgerichte wird das Ziel verfolgt, eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu vermeiden. Unmittelbare Drittwirkung meint, dass ein Grundrecht als Anspruchsgrundlage zwischen Privaten fungiert oder eine Handlungs- oder Unterlassungspflicht im Verhältnis zwischen Privaten begründet.¹¹⁵ Dem steht Art. 1 Abs. 3 GG im Weg, der die staatliche Gewalt und nur diese an die Grundrechte bindet. Müssten Zivilgerichte die Grundrechte bei ihrer Entscheidung in der Sache in gleicher Weise beachten wie bei der Verfahrensgestaltung, könnte eine Streitpartei vom Gericht aufgrund dessen Grundrechtsbindung etwa verlangen, ihr einen Anspruch gegen den anderen Verfahrensbeteiligten zuzugestehen. Um diese unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu vermeiden, sollen bei der Entscheidung eines Zivilrechtstreits grundsätzlich nur die Bindungen der Streitparteien relevant sein. Das Zivilgericht ist lediglich „Schiedsrichter“ des Zivilrechtstreits.¹¹⁶

Die herrschende Meinung sieht auch bei Richtlinien die Gefahr, dass sie ihren mitgliedstaatsgerichteten Charakter verlieren und unmittelbare Dritt- oder Horizontalwirkung entfalten. Die unmittelbare Horizontalwirkung wird jedoch bereits verhindert, indem die zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien führende Fortbildung von Art. 288 Abs. 3 AEUV auf das Verhältnis des Bürgers gegen den Mitgliedstaat beschränkt wird. Anders als bei der Grundrechtsbindung der Zivilgerichte ist die Richtlinienbindung der Zivilgerichte also im Ausgangspunkt nicht geeignet, eine unmittelbare Horizontalwirkung zu verursachen. Dafür bedarf es einer Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV, die abgelehnt wird. Die Richtlinien-

¹¹⁵ Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1153 f.; vgl. HStR IX/Rüfner, § 197 Rn. 90; vgl. Nipperdey, RdA 1950, 121, 124 f.

¹¹⁶ Hellgardt, JZ 2018, 901, 907; vgl. BVerfG, Beschluss v. 15.6.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194, 210 = NJW 1971, 1447.

bindung der Zivilgerichte muss also nicht eingeschränkt werden, um eine unmittelbare Drittwirkung zu verhindern.

Die Begründung, warum die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte bezüglich des Entscheidungsinhalts einzuschränken ist, kann somit nicht unmittelbar auf Richtlinien übertragen werden. Möglicherweise ist aber die zugrundeliegende Argumentationsstruktur übertragbar: Darf eine Norm zwischen Privaten nicht in einer bestimmten Weise wirken, darf diese Wirkung nicht allein damit begründet werden, dass das Gericht an die Norm gebunden ist, da damit das Verbot der Wirkung zwischen Privaten umgangen würde.

Im derzeitigen Stadium der Untersuchung hilft dieser Grundgedanke jedoch bei der Frage noch nicht weiter, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, da dafür zunächst feststehen muss, *dass* eine bestimmte Wirkung einer Norm im Verhältnis zwischen Privaten unzulässig ist. Die Unzulässigkeit der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 GG. Für Richtlinien ergibt sich die Unzulässigkeit der unmittelbaren Horizontalwirkung aus Art. 288 Abs. 3 AEUV. Ob eine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung eines Tarifvertrags auf einer unzulässigen Richtlinienwirkung beruht, ist hingegen eine offene Frage, die erst nach Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV beantwortet werden kann. Daher ist der Gedanke zurückzustellen, bis feststeht, ob eine Richtlinie in unzulässiger Weise wirkt, wenn ein Tarifvertrag richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet wird.

Auch wenn aus der differenzierten Grundrechtsbindung der Zivilgerichte (noch) keine unmittelbaren Erkenntnisse für die Frage gewonnen werden können, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen sind, ist doch der übergeordnete Zweck bedenkenswert, den die Vertreter einer differenzierten Grundrechtsbindung verfolgen: der Schutz der Eigenständigkeit des Privatrechts und der Privatautonomie. Mit ihnen rechtfertigt es die herrschende Meinung, die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte einzuschränken. Daher wird zu untersuchen sein, ob nicht die aus der Richtlinienbindung der Gerichte folgende Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung einzuschränken ist, soweit sie die Tarifautonomie bedroht.

3. Zusammenfassung: Erkenntnisse aus Diskussionen zum deutschen Recht für die Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV

Der Blick ins deutsche Recht zeigt, dass auch dort Diskussionen um die Reichweite staatsgerichteter Normen im Privatrecht geführt werden. Bei der Kontrolle von Kollektivverträgen anhand der Grundrechte wird die Legitimation der Normwirkung im Arbeitsverhältnis als Argumentationstopos herangezogen, um das Bedürfnis nach einer Grundrechtskontrolle des Kollektivvertrags zu begründen.

Die Grundrechtsbindung der Zivilgerichte wird in Deutschland überwiegend mit Rücksicht auf die Eigenständigkeit des Privatrechts und die Privatautonomie

zurückgenommen. Im Rahmen der Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV wird daher darauf einzugehen sein, ob die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung mit Grundrechten konfligiert und die Reichweite von Art. 288 Abs. 3 AEUV somit aus systematischen Erwägungen einzuschränken ist. Als Grundrechte kommen die Tarifaufonomie sowie die individuelle Koalitionsfreiheit in Betracht. Sollte sich außerdem herausstellen, dass die richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung und -fortbildung zu einer unzulässigen Richtlinienwirkung zwischen Privaten führt, darf dieses Verbot nicht umgangen werden, indem auf die Richtlinienbindung der Gerichte abgestellt wird.

IV. Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV – Inhalt der judikativen Umsetzungspflicht

Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage, worauf sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung erstreckt, ist überschaubar und knapp.¹¹⁷ Tarifverträge unter den vom EuGH verwendeten Begriff „nationales oder innerstaatliches Recht“ zu subsumieren fällt schwer, da der EuGH den Begriff bislang nicht näher konturiert hat. Um die Reichweite der die Gerichte treffenden Verpflichtung zu ermitteln, ist Art. 288 Abs. 3 AEUV daher auszulegen, der die normative Grundlage der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ist.

1. Richtlinien als mitgliedstaatsgerichtete Normen

Vom Normwortlaut ausgehend steht fest, dass sich die in Art. 288 Abs. 3 AEUV verankerte Umsetzungspflicht auch auf die nationalen Gerichte als Teil des Mitgliedstaats und als innerstaatliche Stellen erstreckt.¹¹⁸

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

In Anbetracht des Wortlauts kann bei der Richtlinienbindung nicht zwischen Zivilgerichten und anderen Gerichten differenziert werden, wie es die herrschende Auffassung bei der Grundrechtsbindung der Gerichte macht.¹¹⁹ Ebenso enthält der Wortlaut keine Anhaltspunkte für eine Differenzierung zwischen der Richtlinienbindung bezüglich des Verfahrens und bezüglich des Entscheidungsinhalts.

Über die Reichweite der judikativen Umsetzungspflicht trifft der Wortlaut unmittelbar keine Aussage. Es wird nicht deutlich, ob sich die gerichtliche Um-

¹¹⁷ Siehe 2. Teil 4. Kapitel A.I. (S. 234 f.).

¹¹⁸ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 19. 4. 2016 – C-441/14 (Dansk Industri), NZA 2016, 537 Rn. 30.

¹¹⁹ Siehe zur beschränkten Grundrechtsbindung deutscher Zivilgerichte unter 2. Teil 4. Kapitel A.III. 2. a) (S. 246 ff.).

setzungspflicht auch auf Tarifverträge erstreckt, diese also richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet werden müssen. Jedoch steht der Wortlaut einer so weitreichenden Umsetzungspflicht auch nicht ausdrücklich entgegen. Daher bewegt sich die Frage, ob Tarifverträge aufgrund der Richtlinienbindung der Judikative richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, im Bereich der Auslegung und nicht der Fortbildung von Art. 288 Abs. 3 AEUV.

*a) Verbindlichkeitsgrenze –
keine Verbindlichkeit von Richtlinien gegenüber Privaten*

Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich jedoch, dass Richtlinien *allein* die Mitgliedstaaten und ihre innerstaatlichen Stellen adressieren: „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, verbindlich“. Craig und de Búrca gehen demgegenüber von einem begrenzteren Aussagegehalt der genannten Formulierung aus.¹²⁰ Sie entnehmen ihr nur, dass Richtlinien nicht für alle Mitgliedstaaten gelten müssen und dass Richtlinien nur für die verpflichteten Mitgliedstaaten verbindlich sind. Die Formulierung zielt auf eine Unterscheidung zwischen Staaten, nicht zwischen einem Staat und Privatpersonen. Ob eine Richtlinie Privatpersonen Verpflichtungen auferlegen könne, gehe nicht aus dem Wortlaut hervor.¹²¹ Dem ist teilweise zu widersprechen. Zwar ist Craig und de Búrca insoweit zuzustimmen, dass die genannte Formulierung verdeutlicht, dass Richtlinien nicht an alle Mitgliedstaaten gerichtet sein müssen. Jedoch nennt Art. 288 Abs. 3 AEUV als mögliche Adressaten, für die Richtlinien verbindlich sind, allein Mitgliedstaaten und niemand anderes. Das spricht dagegen, dass Richtlinien Privatpersonen verpflichten können. Dafür, dass es sich um eine bewusste Entscheidung der Herren der Verträge handelt, Private nicht als Verpflichtungsadressaten von Richtlinien zu benennen, spricht auch eine Zusammenschau mit Art. 288 Abs. 2 AEUV. Art. 288 Abs. 2 AEUV erkennt der Verordnung „allgemeine“, „in allen ihren Teilen verbindlich[e] und [...] unmittelbar[e]“ Geltung in jedem Mitgliedstaat zu. Damit hat die Verordnung anders als die Richtlinie ausdrücklich unmittelbare Horizontalwirkung. Den Mitgliedstaaten war somit bewusst, dass Unionsrechtsakte Privatpersonen grundsätzlich verpflichten können, und ihnen war auch bewusst, wie sie die Verpflichtungswirkung für Privatpersonen in den Verträgen ausdrücken können. Dass die Mitgliedstaaten dennoch Privatpersonen nicht als Verpflichtungsadressaten von Richtlinien benannt haben, ist ein Indiz, das das Ergebnis der Wortlautauslegung stärkt: Richtlinien dürfen Private nicht verpflichten. Da sich diese Grenze auf die im Wortlaut angelegte Verbindlichkeit von Richtlinien für Mitgliedstaaten stützt, kann sie als „Verbindlichkeitsgrenze“ bezeichnet werden.

¹²⁰ Craig, E. L. Rev. 22 (1997), 519, 521; ders., E. L. Rev. 34 (2009), 349, 351 f.; Craig/Búrca, EU Law, S. 204f.

¹²¹ Vgl. auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 27. 1. 1994 – C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-765 Rn. 20 = BeckEuRS 1994, 204069.

Eine Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen ist dann unzulässig, wenn sie die Verbindlichkeitsgrenze überschreitet.

Diese Verbindlichkeitsgrenze muss ernst genommen werden, da sie ein wichtiger Baustein der vertikalen Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten ist.¹²² Die fehlende Verbindlichkeit von Richtlinien für Privatpersonen ist neben der Umsetzungsfrist der wesentliche Unterschied zwischen Richtlinien und Verordnungen. Entwertet man die Verbindlichkeitsgrenze gegenüber Privatpersonen, nähert man Richtlinien in ihrer Wirkung Verordnungen an. In bestimmten Bereichen haben die Mitgliedstaaten die EU aber nur ermächtigt, Richtlinien zu erlassen und keine Verordnungen. Besonders prominent ist in dieser Hinsicht das Arbeitsrecht mit Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV. Mit dieser Entscheidung zeigen die Mitgliedstaaten, dass sie weiterhin die Kompetenz besitzen, das europäische Arbeitsrecht in ihr nationales Rechtssystem einzupassen, um die über Jahrzehnte austarierten Systeme nicht mehr als zwingend notwendig aus dem Gleichgewicht zu bringen. Diese Entscheidung untergräbt man umso stärker, je mehr man die Verbindlichkeitsgrenze entwertet und Richtlinien auf diese Weise Verordnungen annähert. Um das zu verhindern, ist es notwendig, dafür zu sorgen, dass Richtlinien gegenüber Privatpersonen nicht verbindlich werden.

Art. 288 Abs. 3 AEUV lässt sich somit entnehmen, dass Richtlinien allein für Mitgliedstaaten und im Umkehrschluss nicht für Privatpersonen verbindlich sein können.¹²³ Würde eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung eines Tarifvertrags, die auf der Umsetzungspflicht der Judikative beruht, dazu führen, dass Richtlinien für Private verbindlich wären, würde das daher die Art. 288 Abs. 3 AEUV zu entnehmende Verbindlichkeitsgrenze verletzen. Diese Grenze darf nicht allein mit dem Verweis auf die Richtlinienbindung der Arbeitsgerichte überschritten werden, denn damit würde die Verbindlichkeitsgrenze für Privatpersonen in unzulässiger Weise umgangen.¹²⁴ Verletzt die richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung eines Tarifvertrags die Verbindlichkeitsgrenze, ist sie somit trotz der Richtlinienbindung der Judikative abzulehnen.¹²⁵

Die Frage, wann eine im Ausgangspunkt zulässige Richtlinienwirkung zu einer im Horizontalverhältnis unzulässigen Verbindlichkeit für Privatpersonen wird, ist jedoch nicht einfach zu beantworten, da Art. 288 Abs. 3 AEUV den Begriff „verbindlich“ nicht näher definiert. Das in der deutschen Sprachfassung verwen-

¹²² Vgl. *Kielmansegg*, EuR 2014, 30, 58.

¹²³ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 48 = NJW 1986, 2178; vgl. *EuGH*, Urteil v. 19. 1. 2010 – C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-393 Rn. 46 = NZA 2010, 85; *Rörig*, Direktwirkung von Richtlinien, S. 135.

¹²⁴ Vgl. 2. Teil 4. Kapitel A.III.2.b) (S. 251 f.) zu dem Gedanken, dass ein Verbot der Wirkung einer Norm zwischen Privaten nicht aufgrund der Bindung der Gerichte an die Norm umgangen werden darf.

¹²⁵ Vgl. *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung, S. 56, dem zufolge das Verbot belastender Direktwirkungen nicht umgesetzter Richtlinien bei Privaten nicht durch die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung umgangen werden darf.

dete Wort „verbindlich“ erläutert der Duden mit „bindend, verpflichtend“.¹²⁶ Die Gleichsetzung von „verbindlich“ mit „verpflichtend“ ist auch überzeugend, da eine „Verbindlichkeit“ eine Pflicht impliziert, etwas zu tun. In eine ähnliche Richtung wie der Ausdruck „verbindlich“ geht die englische Sprachfassung, die von „binding“ spricht, was dem in der französischen Sprachfassung verwendeten Ausdruck „lie“ gleicht. Auch der Großteil der übrigen Sprachfassungen verwendet Begriffe, die sich mit „verbindlich“ oder „bindend“ übersetzen lassen, soweit es möglich ist, das mit Hilfe von Wörterbüchern zu beurteilen.¹²⁷ Dagegen lässt sich das in der spanischen Sprachfassung verwendete Prädikat „obligará“ eher mit „verpflichten“ übersetzen. Damit sagen die Sprachfassungen im Kern das Gleiche aus: Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien nur für Mitgliedstaaten verbindlich oder verpflichtend. Jedoch ist weiter unklar, was „verbindlich“ im Kontext des Art. 288 Abs. 3 AEUV aussagt. Da dem Begriff aber eine Grenzfunktion zukommt, ist sein Aussagegehalt gerade in Bezug auf Richtlinienwirkungen gegenüber Privatpersonen näher zu bestimmen. Wo verläuft die Grenze, jenseits derer eine Richtlinie unzulässigerweise für Privatpersonen verbindlich ist? Der nächste Abschnitt dient daher dazu, die Verbindlichkeitsgrenze zu präzisieren.

b) Präzisierung der Verbindlichkeitsgrenze – Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten

Um die Verbindlichkeitsgrenze zu präzisieren, wird zunächst untersucht, wie Rechtsprechung (unter 1)) und Schrifttum (unter 2)) zulässige von unzulässigen Horizontalwirkungen von Richtlinien abgrenzen. Darauf aufbauend soll die Verbindlichkeitsgrenze schließlich präzise beschrieben werden (unter 3)).

Die Diskussion um die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen führen Rechtsprechung und Literatur vor dem Hintergrund zweier Formen der Richtlinienwirkung: der unmittelbaren Wirkung und der richtlinienkonformen Rechtsfindung. Einerseits ist denkbar, aus der Abgrenzung beider Richtlinienwirkungen voneinander Hinweise darauf zu erhalten, wann eine Richtlinienwirkung gegenüber einer Privatperson eine Verbindlichkeit für diese begründet. Während die unmittelbare Richtlinienwirkung zwischen Privatpersonen überwiegend abgelehnt wird, sollen Gesetze, die zwischen Privatpersonen wirken, richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet werden. Wo liegt also der Unterschied zwischen richtlinienkonformer Rechtsfindung und unmittelbarer

¹²⁶ Duden, verbindlich.

¹²⁷ „обвързва“ im Bulgarischen, „zavazná“ im Tschechischen, „bindende“ im Dänischen, „siduv“ im Estnischen, „δεσμεύει“ im Griechischen, „ceangal“ im Irischen, „vincola“ im Italienischen, „saistības“ im Lettischen, „privaloma“ im Litauischen, „kötelező“ im Ungarischen, „torbot“ im Maltesischen, „verbindend“ im Niederländischen, „wiąże“ im Polnischen, „vincula“ im Portugiesischen, „obligatorie“ im Rumänischen, „zavazná“ im Slowakischen, „zavezujoča“ im Slowenischen, „velvoittaa“ im Finnischen und „bindande“ im Schwedischen.

Horizontalwirkung, der es rechtfertigt, die eine Wirkweise für zulässig und die andere für unzulässig zu erachten? Andererseits kann auch eine isolierte Betrachtung der unmittelbaren Richtlinienwirkung Grenzen der Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen aufdecken. Während der EuGH die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung ablehnt, lässt er in manchen Konstellationen die unmittelbare Richtlinienwirkung zu, obwohl sie sich negativ auf Dritte auswirkt. Das Schrifttum bemüht sich daher, die implizit vom EuGH verwendeten Grenzen zulässiger Richtlinienwirkungen auf das Horizontalverhältnis aufzudecken und eigene Grenzen der Richtlinienwirkung zu etablieren.

aa) Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten durch den EuGH

Der EuGH setzt sich, soweit ersichtlich, nicht mit dem Verhältnis der richtlinienkonformen Rechtsfindung zwischen Privaten zu seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Richtlinienwirkung auseinander. Auf die Kritik an seiner Rechtsprechung, dass sie inkonsistent sei, geht er daher nicht ein.¹²⁸ Vielmehr beschäftigt er sich jeweils isoliert mit den beiden Arten der Richtlinienwirkung.

(1) *Keine Bedenken bei richtlinienkonformer Rechtsfindung*

Gesetze richtlinienkonform auszulegen, die zwischen Privatpersonen wirken, ist aus Sicht des EuGH nicht in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Er begründet in seinen Urteilen zu Vorabentscheidungsverfahren, in deren Ausgangsverfahren sich Private gegenüberstehen, zwar, warum eine richtlinienkonforme Rechtsfindung geboten sein soll.¹²⁹ Die Urteile erläutern jedoch nicht zusätzlich, warum die richtlinienkonforme Auslegung nicht nur im Verhältnis Bürger-Staat, sondern auch im Verhältnis Bürger-Bürger geboten ist. Daher lässt sich diesen Urteilen nicht entnehmen, warum die richtlinienkonforme Gesetzesauslegung zwischen Privatpersonen die Grenzen zulässiger Richtlinienwirkung einhält. Schlussfolgerungen auf die Grenzen der Richtlinienwirkung zwischen Privatpersonen sind somit nicht möglich.

¹²⁸ Vgl. *Ress*, DÖV 1994, 489, 494; *Coppel*, Mod. L. Rev. 57 (1994), 859, 878 f. *Craig*, E.L. Rev. 34 (2009), 349, 357 ff.

¹²⁹ Siehe z.B. *EuGH*, Urteil v. 13.11.1990 – C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 f. = BeckEuRS 1990, 165571; *EuGH*, Urteil v. 14.7.1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 26 = NJW 1994, 2473; *EuGH*, Urteil v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 110 ff. = NZA 2004, 1145.

(2) *Verbot unmittelbarer Horizontalwirkung*

Im Vergleich dazu sind die Urteile zur unmittelbaren Richtlinienwirkung aufschlussreicher. In zahlreichen Urteilen – am prominentesten sind die Rechtssachen Marshall I und Faccini Dori – begründet der EuGH, warum eine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung unzulässig sein soll.¹³⁰ Das wiederkehrende Kernargument ist, dass Richtlinien Privatpersonen keine Verpflichtungen auferlegen dürften.¹³¹ Damit rekurriert der EuGH auf den Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV in Form des Wortes „verbindlich“ und unterstreicht somit die Verbindlichkeitsgrenze. Eine unzulässige Verbindlichkeit soll begründet werden, wenn die Unzulässigkeit einer Kündigung (Marshall I) oder das Bestehen eines Widerrufsrechts (Faccini Dori) unmittelbar auf eine Richtlinie gestützt wird.

(3) *Belastende Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten*

Die u. a. in Marshall I und Faccini Dori klar formulierte Grenze, dass sich eine Privatperson gegenüber einer anderen Privatperson nicht auf eine Richtlinie als solche berufen können soll, verschwimmt jedoch schnell.¹³² In mehreren Entscheidungen lässt es der EuGH zu, dass sich eine Privatperson zum Nachteil einer anderen unmittelbar auf eine Richtlinie stützen kann.¹³³ Das gilt sowohl für Ausgangsverfahren, in denen sich zwei Private gegenüberstehen (dazu unter (a)), als auch für Verfahren, in denen sich eine Privatperson gegenüber dem Staat unmittelbar auf eine Richtlinie beruft mit negativen Folgen für einen Dritten (dazu unter (b)).

¹³⁰ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 48 f. = NJW 1986, 2178; *EuGH*, Urteil v. 13. 11. 1990 – C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rn. 6 = BeckEuRS 1990, 165571; *EuGH*, Urteil v. 14. 7. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 19 ff. = NJW 1994, 2473; *EuGH*, Urteil v. 7. 3. 1996 – C-192/94 (El Corte Inglés), Slg. 1996, I-1296 Rn. 15 ff. = NJW 1996, 1401; *EuGH*, Urteil v. 4. 12. 1997 – C-97/96 (Daihatsu-Händler), Slg. 1997, I-6858 Rn. 24 = NJW 1998, 129; *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 108 f. = NZA 2004, 1145.

¹³¹ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 1986 – Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, 737 Rn. 48 = NJW 1986, 2178; *EuGH*, Urteil v. 13. 11. 1990 – C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rn. 6 = BeckEuRS 1990, 165571; *EuGH*, Urteil v. 14. 7. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3347 Rn. 20 = NJW 1994, 2473; *EuGH*, Urteil v. 7. 3. 1996 – C-192/94 (El Corte Inglés), Slg. 1996, I-1296 Rn. 15 = NJW 1996, 1401; *EuGH*, Urteil v. 4. 12. 1997 – C-97/96 (Daihatsu-Händler), Slg. 1997, I-6858 Rn. 24 = NJW 1998, 129; *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878 Rn. 108 = NZA 2004, 1145; zur Ablehnung der unmittelbaren horizontalen Richtlinienwirkung siehe auch I. Teil I. Kapitel C. IV. (S. 43 ff.).

¹³² Vgl. *Betlem*, in: Prinssen/Schrauwen (Hrsg.), Direct effect, S. 79, 92, der von „uncertainty about the limits to the ECJ's rejection of horizontal effect“ spricht.

¹³³ Vgl. *Prechal*, Directives in EC Law, S. 261, die davon spricht, dass die Urteile wie eine „slight form of schizophrenia on the Court's part following Faccini“ wirken.

(a) Rechtsstreit zwischen Privaten im Ausgangsverfahren

Bedeutende Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Privaten, in denen der EuGH die unmittelbare Richtlinienwirkung zulässt, betreffen vor allem die Richtlinie 83/189/EWG. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten u. a. dazu, der Kommission bestimmte technische Vorschriften mitzuteilen, die die Mitgliedstaaten zu erlassen gedenken. Dadurch sollen die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten Handelsbeschränkungen frühzeitig entgegenreten können. Der Rechtssache CIA Security liegt die Klage eines privaten Unternehmens wegen unlauteren Verhaltens zugrunde, die es auf eine technische Vorschrift stützt, bei deren Erlass der Mitgliedstaat das in der Richtlinie vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten hat.¹³⁴ Der EuGH entschied, dass sich das beklagte private Unternehmen gegen die Klage wehren kann, indem es sich unmittelbar auf die Richtlinienbestimmung beruft.¹³⁵ Das hat zur Folge, dass die richtlinienwidrig erlassene technische Vorschrift unanwendbar ist. Das gleiche soll laut der Entscheidung in Unilever Italia auch im Rahmen einer vertraglichen Streitigkeit zwischen privaten Unternehmen über einen Zahlungsanspruch möglich sein.¹³⁶ Beruft sich ein Dritter darauf, dass geliefertes Olivenöl nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprechend etikettiert ist, kann ein privates Unternehmen dem entgegenhalten, dass die Vorgaben nicht anwendbar sind, wenn der Mitgliedstaat beim Erlass gegen RL 83/189/EWG verstoßen hat.¹³⁷ In dieser zweiten Entscheidung äußert sich der EuGH auch kurz dazu, wie sich diese zur Rechtsprechungslinie Marshall I/Faccini Dori verhält.¹³⁸ Anders als in Faccini Dori, wo ein Widerrufsrecht unmittelbar auf eine Richtlinie gestützt werden sollte, lege die Richtlinie in Unilever Italia nicht den materiellen Inhalt der nationalen streitentscheidenden Norm fest.¹³⁹ Daher begründe die Richtlinie in Unilever Italia weder Rechte noch Pflichten für Einzelne. Die Rechtsnormen, die den Rechtsstreit zwischen Unilever Italia und ihrem Vertragspartner entschieden, waren solche des Kauf- und Gewährleistungsrechts.

Nach der Entscheidung in CIA Security und vor dem Urteil Unilever Italia entschied der EuGH mit der Rechtssache Smithkline über ein weiteres Verfahren, in dessen Ausgangsrechtsstreit sich zwei Private gegenüberstehen.¹⁴⁰ Es handelte sich um eine wettbewerbsrechtliche Streitigkeit wegen irreführender Werbung.

¹³⁴ *EuGH*, Urteil v. 30. 4. 1996 – C-194/94 (CIA Security), Slg. 1996, I-2230 = *EuZW* 1996, 379.

¹³⁵ *EuGH*, Urteil v. 30. 4. 1996 – C-194/94 (CIA Security), Slg. 1996, I-2230 Rn. 45 ff. = *EuZW* 1996, 379.

¹³⁶ *EuGH*, Urteil v. 26. 9. 2000 – C-443/98 (Unilever Italia), Slg. 2000, I-7565 = *EuZW* 2001, 153.

¹³⁷ *EuGH*, Urteil v. 26. 9. 2000 – C-443/98 (Unilever Italia), Slg. 2000, I-7565 Rn. 31 ff. = *EuZW* 2001, 153.

¹³⁸ *EuGH*, Urteil v. 26. 9. 2000 – C-443/98 (Unilever Italia), Slg. 2000, I-7565 Rn. 50 f. = *EuZW* 2001, 153.

¹³⁹ So erneut in *EuGH*, Urteil v. 7. 8. 2018 – C-122/17 (David Smith), RIW 2018, 674 Rn. 53.

¹⁴⁰ *EuGH*, Urteil v. 28. 1. 1999 – C-77/97 (Smithkline), Slg. 1999, I-465 = BeckRS 2004, 77779.

Smithkline verstieß mit seiner Werbung gegen das nationale Recht, jedoch nicht gegen das Werbeverbot der Kosmetikrichtlinie 76/768/EWG, die vollharmonisierend war. Laut EuGH soll die Richtlinie der Anwendung des österreichischen Rechts entgegenstehen.¹⁴¹

Schließlich setzt sich der EuGH auch in der Rechtssache RAS damit auseinander, ob eine nationale Norm in einem Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen für unanwendbar zu erklären ist, weil sie gegen eine Richtlinie verstößt, hier gegen die Dritte Richtlinie Schadenversicherung 92/49/EWG.¹⁴² Ein italienisches Dekret verbot es, unter bestimmten Voraussetzungen die Prämien für die Kfz-Haftpflichtversicherung zu erhöhen. Das klagende Versicherungsunternehmen erhöhte die Prämie und verstieß damit gegen das nationale Dekret. Es berief sich auf die Richtlinie, um die Anwendung des Dekrets auszuschließen, da die Richtlinie den Mitgliedstaaten enge Grenzen zieht, wenn diese Tarifierhöhungen im Vorhinein genehmigen lassen möchten. Anders als in *CIA Security*, *Unilever Italia* und *Smithkline* erlaubte es der EuGH jedoch nicht, dass sich die Versicherung auf die Richtlinie beruft, um das für sie nachteilige Dekret für unanwendbar erklären zu lassen. Diese Entscheidung hält der EuGH für so eindeutig, dass er in Form eines mit Gründen versehenen Beschlusses nach Art. 104 § 3 EuGH-VerfO a. F. (Art. 99 EuGH-VerfO n. F.) entscheidet, weil die Antwort klar aus seiner Rechtsprechung abgeleitet werden könne.¹⁴³ Er verweist auf seine ständige Rechtsprechung, dass eine Richtlinie einen Einzelnen nicht verpflichten könne, sodass sich eine andere Privatperson diesem gegenüber nicht auf die Richtlinie als solche berufen könne.¹⁴⁴ Eine Auslegung der Richtlinienbestimmungen könne jedenfalls nicht dazu führen, dass der Versicherungsnehmer einen zusätzlichen Prämienbetrag zahlen müsse, der sich nicht aus dem anwendbaren nationalen Recht ergebe, d. h. dem Gesetzesdekret.¹⁴⁵

(b) Rechtsstreit zwischen einem Privaten und dem Staat
im Ausgangsverfahren

Zwar ist es auf den ersten Blick unproblematisch, wenn sich eine Privatperson in einem Verfahren, an dem der Staat beteiligt ist, gegenüber dem Staat unmittelbar auf eine Richtlinie beruft, da die unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung

¹⁴¹ *EuGH*, Urteil v. 28. 1. 1999 – C-77/97 (*Smithkline*), Slg. 1999, I-465 Rn. 37 = BeckRS 2004, 77779.

¹⁴² *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (*RAS*), Slg. 2002, I-9412 = BeckRS 2004, 75284.

¹⁴³ Vgl. *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (*RAS*), Slg. 2002, I-9412 Rn. 16 = BeckRS 2004, 75284.

¹⁴⁴ *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (*RAS*), Slg. 2002, I-9412 Rn. 19 = BeckRS 2004, 75284.

¹⁴⁵ *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (*RAS*), Slg. 2002, I-9412 Rn. 20 = BeckRS 2004, 75284.

unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt ist. Jedoch kann die unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung auch in diesen Verfahren die Frage aufwerfen, wo die Grenze zu einer unzulässigen Verbindlichkeit von Richtlinien für Privatpersonen verläuft, wenn sich die unmittelbare Richtlinienwirkung negativ auf die Rechtspositionen eines Dritten auswirkt. Der EuGH erlaubt es etwa einem vom Vergabeverfahren ausgeschlossenen privaten Unternehmen, sich bei der Anfechtung des Ausschlusses unmittelbar auf die Richtlinie zu stützen.¹⁴⁶ Damit bleibt die richtlinienwidrige nationale Norm unangewendet, auf der der Ausschluss basiert. Auch ein privater Aktionär kann sich unmittelbar auf eine Richtlinie stützen, um geltend zu machen, dass die vom Staat angeordnete Kapitalerhöhung bei einer Bank ohne Beschluss der Hauptversammlung unzulässig war.¹⁴⁷ Negativ von dieser Entscheidung betroffen sind die neuen Aktionäre der Bank, die im Zuge der Kapitalerhöhung hinzugekommen sind. Der EuGH lässt es ebenso zu, dass sich ein privates Unternehmen unmittelbar auf Richtlinienvorgaben berufen kann, wenn dieses in einem Verfahren mit dem Staat die einem Dritten erteilte Einfuhrgenehmigung von Arzneimitteln anfecht.¹⁴⁸ Außerdem kann sich eine Privatperson auf eine Richtlinie berufen, die eine Umweltverträglichkeitsprüfung für bestimmte Vorhaben vorsieht, um gegen eine Betriebsgenehmigung für einen Steinbruch vorzugehen, die der Staat einem Dritten erteilt hat.¹⁴⁹ In der letztgenannten Entscheidung in der Rechtssache Wells grenzt der EuGH die in seinen Augen zulässige unmittelbare Richtlinienwirkung wie auch schon in *Unilever Italia* von der *Marshall I/Faccini Dori*-Rechtsprechung ab. Eine Privatperson könne sich gegenüber dem Mitgliedstaat nicht auf eine Richtlinie berufen, wenn es sich um eine Verpflichtung des Staates handle, die unmittelbar im Zusammenhang mit der Erfüllung einer anderen Verpflichtung stehe, die auf Grund der Richtlinie einem Dritten obliege.¹⁵⁰ „Bloße negative Auswirkungen auf die Rechte Dritter“ seien hingegen zulässig.¹⁵¹ Dass der Steinbruch stillgelegt werden müsse, bis die Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt sei, beruhe zwar auf der verspäteten Pflichterfüllung durch den Mitgliedstaat.¹⁵² Es sei aber kein unzulässiger „inverse direct effect“ (umgekehrte unmittelbare Vertikalwirkung) gegenüber dem Dritten.

¹⁴⁶ *EuGH*, Urteil v. 22. 6. 1989 – Rs. 103/88 (*Fratelli Costanzo*), Slg. 1989, I-1861 Rn. 28 ff. = NVwZ 1990, 649.

¹⁴⁷ *EuGH*, Urteil v. 12. 3. 1996 – C-441/93 (*Pafitis*), Slg. 1996, I-1363 Rn. 14 ff. = WM 1996, 1530.

¹⁴⁸ *EuGH*, Urteil v. 12. 11. 1996 – C-201/94 (*Smith & Nephew*), Slg. 1996, I-5846 Rn. 35 ff. = RIW 1997, 247.

¹⁴⁹ *EuGH*, Urteil v. 7. 1. 2004 – C-201/02 (*Wells*), Slg. 2004, I-748 Rn. 54 ff. = NVwZ 2004, 593.

¹⁵⁰ *EuGH*, Urteil v. 7. 1. 2004 – C-201/02 (*Wells*), Slg. 2004, I-748 Rn. 56 = NVwZ 2004, 593.

¹⁵¹ *EuGH*, Urteil v. 7. 1. 2004 – C-201/02 (*Wells*), Slg. 2004, I-748 Rn. 57 = NVwZ 2004, 593.

¹⁵² *EuGH*, Urteil v. 7. 1. 2004 – C-201/02 (*Wells*), Slg. 2004, I-748 Rn. 58 = NVwZ 2004, 593.

(c) Zusammenfassung: Zulässigkeit belastender Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten

In allen aufgeführten Verfahren bis auf in RAS erkennt der EuGH einer Richtlinie unmittelbare Wirkung zu. Dass das die Privatperson, die sich auf die Richtlinie beruft, begünstigt, ist unproblematisch. Gleichzeitig hat es für Dritte jedoch negative Konsequenzen, dass sich der Private auf die Richtlinie stützen kann: Eine Klage wegen unlauteren Verhaltens hat keinen Erfolg (CIA Security), eine Einfuhrermächtigung für Arzneimittel kann angefochten werden (Smith & Nephew) oder eine Umweltverträglichkeitsprüfung muss durchgeführt und der Steinbruch des Dritten währenddessen stillgelegt werden (Wells). In all diesen Fällen geht der EuGH davon aus, dass die jeweilige Richtlinie für die mit der Richtlinienwirkung belastete Privatperson nicht verbindlich ist. Die in Marshall I und Faccini Dori noch klar wirkende Grenze verschwimmt also.

(4) *Systematisierung der EuGH-Rechtsprechung zur belastenden Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten durch das Schrifttum*

So umfangreich die Rechtsprechung des EuGH ist, so unklar ist doch, wonach der EuGH beurteilt, wann eine unmittelbare Richtlinienwirkung, die eine Privatperson in Anspruch nimmt, in eine unzulässige unmittelbare Horizontalwirkung gegenüber einem Dritten umschwenkt. Daher versucht das Schrifttum, die Rechtsprechung des EuGH zu systematisieren, um die vom EuGH implizit verwendeten Grenzen zulässiger Horizontalwirkungen offen zu legen. An dieser Stelle sollen die zwei im Wesentlichen vertretenen Ansätze vorgestellt und beleuchtet werden. Die übrigen Ansätze¹⁵³ haben sich nicht in gleicher Weise im Schrifttum verbreitet. Entweder haben sie sich nicht in der Rechtsprechung des EuGH niedergeschlagen oder sie vermögen die Rechtsprechung des EuGH nicht überzeugend zu erklären.

¹⁵³ Vgl. für einen Überblick über die zahlreichen Ansätze die Darstellungen bei Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 73 ff., Jarass/Beljin, EuR 2004, 714 und Kiellmansegg, EuR 2014, 30; für eine Differenzierung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht Betlem, in: Prinsen/Schrauwen (Hrsg.), Direct effect, S. 79, 95 f. und GA Mazák, Schlussanträge v. 15. 2. 2007 – C-411/05 (Palacios de la Villa), Slg. 2007, I-8535 Rn. 128 = BeckRS 2008, 70147; Unterscheidung danach, ob die belastende Richtlinienwirkung ein *fundamental right* beeinträchtigt Lackhoff/Nyssens, E.L. Rev. 23 (1998), 397, 406 f.; Unterscheidung danach, ob eine Richtlinie in subjektive Rechte eingreift Bultmann, JZ 2004, 1100, 1105 f.; nach Gundel, EuZW 2001, 143, 149 soll entscheidend sein, ob einem Privaten eine eigene Rechtsposition genommen wird; Dougan, C.L.J. 59 (2000), 586–611, 597 ff., der zwischen verschiedenen „Richtlinienarten“ differenziert, sowie S. 601 ff.: „disguised‘ vertical effect“ als Erklärungsmodell.

(a) Unterscheidung zwischen negativer und positiver Richtlinienwirkung

Eine vielfach gerade im englischsprachigen Schrifttum sowie von Generalanwälten vertretene Auffassung ordnet die Urteile des EuGH zwei unterschiedlichen Wirkweisen von Richtlinien zu: Sie unterscheidet danach, ob eine Richtlinie die Anwendung richtlinienwidrigen nationalen Rechts ausschließt (*exclusionary effect* im Englischen, *invocabilité d'exclusion* im Französischen oder negative Wirkung im Deutschen) oder ob sie inhaltlich an die Stelle der nationalen Norm tritt (*substitutionary effect* im Englischen, *invocabilité de substitution* im Französischen oder positive Wirkung im Deutschen).¹⁵⁴ Während die positive Wirkung zwischen Privatpersonen unzulässig sein soll, wird die negative Wirkung für zulässig erachtet. Von den zuvor aufgeführten Entscheidungen des EuGH werden die Urteile in den Rechtssachen CIA Security (Klage wegen unlauteren Wettbewerbs), Unilever Italia (falsch etikettiertes Olivenöl), Fratelli Constanzo (Ausschluss vom Vergabeverfahren), Pafitis (Kapitalerhöhung einer Bank) und Smith & Nephew (Einfuhrgenehmigung für Arzneimittel) der zulässigen negativen Wirkung zugeordnet. In diesen Rechtssachen schließt der EuGH die Anwendung einer richtlinienwidrigen nationalen Norm aus. Demgegenüber sollen Marshall I (Unwirksamkeit einer Kündigung) und Faccini Dori (Bestehen eines Widerrufsrechts) Konstellationen der unzulässigen positiven Wirkung sein. Eine Richtlinie würde Privatpersonen ein materielles Recht gegen eine andere Privatperson zugestehen.¹⁵⁵ Das Besondere an der negativen Wirkung soll im Übrigen sein, dass für sie die Voraussetzungen der unmittelbaren Richtlinienwirkung nicht erfüllt sein müssen.¹⁵⁶ Vielmehr wird die negative Wirkung auf den Vorrang des Unionsrechts gestützt.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Lenz/Tynes/Young, E.L. Rev. 25 (2000), 509, 517 f., 520; Tridimas, YEL 21 (2002), 327, 329 ff.; Prechal, Directives in EC Law, S. 269; Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 78 ff.; Craig/Búrca, EU Law, S. 216 ff.; vgl. Lenaerts/Corthaut, E.L. Rev. 31 (2006), 287, 291 f., nach denen sich der EuGH der Unterscheidung nie vollständig angeschlossen hat, obwohl sie mit dem Kern des *case law* vereinbar ist; GA Saggio, Schlussanträge v. 16. 12. 1999 – C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo), Slg. 1999, I-4943 Rn. 30 ff.; GA Léger, Schlussanträge v. 11. 1. 2000 – C-287/98 (Linster), Slg. 2000, I-6920 Rn. 52 ff.; EuGH, Urteil v. 14. 9. 2000 – C-343/98 (Collino), Slg. 2000, I-6691 Rn. 30 = NZA 2000, 1279.

¹⁵⁵ Tridimas, YEL 21 (2002), 327, 333, der jedoch zugesteht, dass eine Richtlinie auch durch den *exclusionary effect* durch einen Reflex eine Verpflichtung für Dritte begründen kann.

¹⁵⁶ GA Saggio, Schlussanträge v. 16. 12. 1999 – C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo), Slg. 1999, I-4943 Rn. 30; GA Léger, Schlussanträge v. 11. 1. 2000 – C-287/98 (Linster), Slg. 2000, I-6920 Rn. 74, 89; Lenz/Tynes/Young, E.L. Rev. 25 (2000), 509, 518; Tridimas, YEL 21 (2002), 327, 330; instruktiv insofern Dougan, C.M.L.R. 44 (2007), 931.

¹⁵⁷ Lenz/Tynes/Young, E.L. Rev. 25 (2000), 509, 517; Lenaerts/Corthaut, E.L. Rev. 31 (2006), 287, 302 ff.; vgl. GA Saggio, Schlussanträge v. 16. 12. 1999 – C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo), Slg. 1999, I-4943 Rn. 30, wo Generalanwalt Saggio die negative Wirkung außerdem auf das Erfordernis stützt, eine einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen sicherzustellen; vgl. GA Léger, Schlussanträge v. 11. 1. 2000 – C-287/98 (Linster), Slg. 2000, I-6920 Rn. 64, 73.

Der Unterscheidung zwischen negativer und positiver Richtlinienwirkung wird jedoch neben konzeptionellen Schwächen¹⁵⁸ vor allem entgegengehalten, dass sich der EuGH ihr nicht angeschlossen habe.¹⁵⁹ Das zeigen etwa die Urteile in den Rechtssachen RAS und Pfeiffer. In der Rechtssache RAS geht es nicht um die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen, sondern darum, ob ein Gesetzesdekret mit einer Richtlinie unvereinbar und deswegen nicht anzuwenden ist.¹⁶⁰ Es ist also die negative Wirkung der Richtlinienbestimmungen angesprochen. Diese lehnt der EuGH ab.¹⁶¹ Im Urteil zur Rechtssache Pfeiffer hält der EuGH daran fest, dass sich eine Privatperson gegenüber einem anderen Privaten selbst dann nicht auf eine Richtlinie berufen kann, wenn die Richtlinienbestimmung hinreichend klar, genau und unbedingt ist.¹⁶²

(b) Unterscheidung zwischen Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit der belastenden Richtlinienwirkung

Die zweite weit im Schrifttum verbreitete Auffassung differenziert zwischen einer unzulässigen unmittelbaren und einer zulässigen mittelbaren belastenden Richtlinienwirkung auf Privatpersonen.¹⁶³ Diese Erklärung orientiert sich stark an der vom EuGH in der Rechtssache Wells vorgenommenen Abgrenzung. Dort unterscheidet er zwischen einer Verpflichtung von Privatpersonen und bloßen negativen Auswirkungen auf Privatpersonen.¹⁶⁴ Teilweise wird der Ansatz auch mit den Worten zusammengefasst, eine Richtlinie begründe ein Verpflichtungs-

¹⁵⁸ Dazu etwa BAG, Beschluss v. 18. 2. 2003 – 1 ABR 2/02, NZA 2003, 742, 750 = BAGE 105, 32; *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 724 f.; *Danwitz*, JZ 2007, 697, 703 f.; *Dougan*, C. M. L. R. 44 (2007), 931, 937 ff.; *GA'in Trstenjak*, Schlussanträge v. 8. 9. 2011 – C-282/10 (Dominguez), BeckRS 2011, 81367 Rn. 63; *Kielmansegg*, EuR 2014, 30, 42 ff.; *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 25.

¹⁵⁹ *Dougan*, C. M. L. R. 44 (2007), 931, 953 ff.; *Kielmansegg*, EuR 2014, 30, 44; *EuArbR/Höpfner*, Art. 288 AEUV Rn. 25.

¹⁶⁰ Vgl. *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (RAS), Slg. 2002, I-9412 Rn. 18 = BeckRS 2004, 75284.

¹⁶¹ *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (RAS), Slg. 2002, I-9412 Rn. 19 ff. = BeckRS 2004, 75284.

¹⁶² *EuGH*, Urteil v. 5. 10. 2004 – C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8878, 107 ff. = NZA 2004, 1145.

¹⁶³ *Rörig*, Direktwirkung von Richtlinien, S. 86; *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 728 ff.; *Götz*, in: FS Ress, S. 485, 495; *Skouris*, ZEuS 2005, 463, 471; *Frenz*, Hdb. Europarecht 5, Rn. 1078, 1090; *Schulze/Janssen/Kadelbach/König/Kleinlein*, § 2 Rn. 68; *Schulze/Janssen/Kadelbach/Ehlers*, § 11 Rn. 10; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 411 ff.; vgl. *Classen*, EuZW 1993, 83, 85; vgl. *Epiney*, DVBl. 1996, 409, 413; vgl. auch *GHN/Nettesheim*, Art. 288 AEUV Rn. 160 ff.; ebenso *GA Cosmas*, Schlussanträge v. 3. 7. 1997 – C-97/96 (Daihatsu-Händler), Slg. 1997, I-6845 Rn. 34 = ZIP 1997, 1234.

¹⁶⁴ *EuGH*, Urteil v. 7. 1. 2004 – C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-748 Rn. 56 ff. = NVwZ 2004, 593.

aber kein Belastungsverbot.¹⁶⁵ Von mittelbaren Auswirkungen wird beispielsweise ausgegangen, wenn erst staatliches Handeln die Rechtslage einer Privatperson verschlechtert.¹⁶⁶ Dabei wird von „verwaltungsvermittelten Belastungen“ gesprochen.¹⁶⁷ Andernorts ist die Rede von „bloß reflexartigen Folgen der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie für Private“.¹⁶⁸

Kielmansegg sieht zwei verschiedene Anknüpfungspunkte für das Mittelbarkeitskriterium. Zum einen könne man daran anknüpfen, wer Befolungsadressat der Richtlinie sei. Sei der Mitgliedstaat nicht nur Umsetzungs- und Vollstreckungs-, sondern Befolungsadressat, könne die Richtlinie keine individualbelastenden Wirkungen erzeugen, weil es sich nur um mittelbare Drittbelastungen aus der Richtlinie für den Privaten handle.¹⁶⁹ Als Befolungsadressaten sieht er den Staat an, wenn der Staat und nicht der Bürger materiell verpflichteter Normadressat sei. Der Bürger werde dann erst belastet, wenn der Staat die Richtlinie befolgend handle. Diese Sichtweise vermag die Rechtsprechung des EuGH jedoch nicht vollständig zu erklären. Zwar lässt sich in Bezug auf die Rechtssache *Smithkline* noch argumentieren, dass die Mitgliedstaaten Richtlinienadressat sind, weil sie sicherstellen sollen, dass Werbung keine irreführenden Aussagen trifft.¹⁷⁰ Wird auf den Normadressaten abgestellt, ist das Urteil in der Rechtssache *RAS* jedoch nicht mehr zu erklären. Adressat der Richtlinie in *RAS* sind die Mitgliedstaaten, die nur unter bestimmten Voraussetzungen verlangen dürfen, dass Tarifierhöhungen bei Versicherungen genehmigt werden müssen. Da der Mitgliedstaat Befolungsadressat ist, müsste es also zulässig sein, sich auf die Richtlinie berufen zu können. Das lehnt der EuGH indes mit einem kurzen Hinweis auf seine Rechtsprechung ab, dass Richtlinien keine Verpflichtungen für Einzelne begründen dürften.¹⁷¹

Als zweiten Anknüpfungspunkt für das Mittelbarkeitskriterium sieht Kielmansegg das Dazwischentreten weiterer Normen des nationalen Rechts.¹⁷² Eine Richtlinie wirke nicht mehr bloß mittelbar, wenn die Richtlinie selbst als Anspruchs- oder Gegenorm herangezogen werde und sich nicht nur indirekt auf das Vorliegen

¹⁶⁵ Kielmansegg, EuR 2014, 30, 45; Götz, in: FS Ress, S. 485, 495; vgl. Schulze/Janssen/Kadelbach/König/Kleinlein, § 2 Rn. 68; vgl. Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 63.

¹⁶⁶ Frenz, Hdb. Europarecht 5, Rn. 1078, 1090; Schulze/Janssen/Kadelbach/Ehlers, § 11 Rn. 10.

¹⁶⁷ Jarass/Beljin, EuR 2004, 714, 728.

¹⁶⁸ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 414; ähnlich Schulze/Janssen/Kadelbach/König/Kleinlein, § 2 Rn. 68; vgl. *GA Cosmas*, Schlussanträge v. 3. 7. 1997 – C-97/96 (Daihatsu-Händler), Slg. 1997, I-6845 Rn. 34 = ZIP 1997, 1234; vgl. *Skouris*, ZEuS 2005, 463, 471.

¹⁶⁹ Kielmansegg, EuR 2014, 30, 45 f.; ähnlich Langenbucher/Langenbucher Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, § 1 Rn. 82.

¹⁷⁰ Anders Kielmansegg, EuR 2014, 30, 46 f., der annimmt, dass Private Adressat der materiellen Normsubstanz seien.

¹⁷¹ *EuGH*, Beschluss v. 24. 10. 2002 – C-233/01 (*RAS*), Slg. 2002, I-9412 Rn. 19 ff. = BeckRS 2004, 75284.

¹⁷² Kielmansegg, EuR 2014, 30, 47, der „diese Form der Mittelbarkeit“ aber als „nur noch rechtstechnischer Art“ einstuft.

der Tatbestandsvoraussetzungen auswirke.¹⁷³ Die bislang ergangene Rechtsprechung des EuGH ist mit diesem Verständnis des Mittelbarkeitskriteriums weitgehend vereinbar. Es ist jedoch nicht einfach, die wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten CIA Security und Smithkline darunter zu subsumieren. Gerade an diesen Rechtssachen zeigt sich, wie schmal der Grat zwischen einer bloßen Auswirkung auf die Tatbestandsvoraussetzungen und dem Heranziehen als Gegennorm ist. Einerseits schließen die Richtlinien in diesen Rechtssachen die Anwendung einer nationalen Norm aus, deren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch erfolgreich ist. Andererseits sind die Richtlinienbestimmungen das einzige, was dem Erfolg der Klagen im Wege steht, sodass die Richtlinien faktisch auch als Gegennormen fungieren. Kielmansegg sieht diese Schwierigkeiten zwar nicht. Seiner Auffassung nach ist ein Mittelbarkeitskriterium, das darauf abstellt, ob weitere Normen des nationalen Rechts dazwischentreten, jedoch nicht mit der kryptischen Ausnahme der Wells-Formel zu vereinbaren¹⁷⁴: Eine Privatperson kann sich gegenüber dem Mitgliedstaat nicht unmittelbar auf eine Richtlinie berufen, wenn die von der Richtlinie dem Staat auferlegte Verpflichtung unmittelbar im Zusammenhang mit einer Pflicht steht, die eine dritte Privatperson aufgrund der Richtlinie erfüllen muss.¹⁷⁵

(5) *Zusammenfassung: EuGH ohne klares Konzept zur Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten*

Abgrenzungskriterien zwischen zulässiger und unzulässiger Richtlinienwirkung könnten sich zwar implizit der Rechtsprechung zur unmittelbaren Richtlinienwirkung entnehmen lassen. Jedoch vermögen auch die zwei Erklärungsansätze, die am weitesten im Schrifttum verbreitet sind, die Rechtsprechung des EuGH zur belastenden Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen nicht vollständig zu erklären. Ein Abgrenzungskriterium zwischen unzulässigen und zulässigen unmittelbaren, privatbelastenden Richtlinienwirkungen, das zu allen Entscheidungen des EuGH passt, gibt es bislang nicht.¹⁷⁶ Die überzeugendste Erklärung für die Rechtsprechung des EuGH ist wohl, dass sich der EuGH „tastend“ vorbewegt und auch Wege einschlägt, die er später wieder verlässt.¹⁷⁷ Der Versuch, die Entscheidungen des EuGH als Rechtsprechung „aus einem Guss“ darzustellen, muss daher scheitern.¹⁷⁸

¹⁷³ Kielmansegg, EuR 2014, 30, 47.

¹⁷⁴ Kielmansegg, EuR 2014, 30, 48.

¹⁷⁵ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 7. 1. 2004 – C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-748 Rn. 56 = NVwZ 2004, 593.

¹⁷⁶ *Dougan*, C. M. L. R. 44 (2007), 931, 963; *Kielmansegg*, EuR 2014, 30, 56.

¹⁷⁷ Vgl. *Kielmansegg*, EuR 2014, 30, 56; vgl. *Streinz/Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 103, der die Systematisierungsversuche für eine Überdifferenzierung hält, die in der Judikatur keine Entsprechung finde.

¹⁷⁸ Vgl. *Dougan*, C. M. L. R. 44 (2007), 931, 963, der die Suche nach einem überzeugenden Erklärungsmuster als „a task fit only for masochists“ ansieht.

Auch in seiner übrigen Rechtsprechung erläutert der EuGH selten, warum er bestimmte Richtlinienwirkungen auf Privatpersonen als zulässig und andere als unzulässig ansieht. Eine Richtlinienwirkung soll dann unzulässig sein, wenn die Richtlinie einem Privaten eine Verpflichtung auferlegen würde. Damit orientiert sich der EuGH am Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV. Was er unter einer Verpflichtung versteht, erläutert er jedoch nicht näher. Im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfindung bei Gesetzen, die zwischen Privatpersonen anwendbar sind, geht der EuGH offensichtlich nicht davon aus, dass die richtlinienkonforme Rechtsfindung Privatpersonen eine Verpflichtung auferlegt, da er sich dazu nicht äußert.

Möchte man die im Wortlaut von Art. 288 Abs. 3 AEUV angelegte Verbindlichkeitsgrenze präzisieren, hilft der Blick in die Rechtsprechung des EuGH nicht weiter. Der EuGH erkennt die Verbindlichkeit von Richtlinien für Privatpersonen zwar als Grenze der Richtlinienwirkung an. Er bleibt bei seiner Argumentation jedoch recht oberflächlich und verdeutlicht auch nicht die Unterschiede zwischen Richtlinienwirkungen, die diese Grenze einhalten, und solchen, die diese Grenze überschreiten.

bb) Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten im Schrifttum

Obwohl das Schrifttum größtenteils darum bemüht ist, die Rechtsprechung des EuGH zu systematisieren und zu erklären, bezieht es teilweise auch Stellung zur Rechtsprechung des EuGH oder entwickelt eigenständige Konzepte, um zulässige von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privatpersonen zu unterscheiden. Erneut lohnt ein Blick auf zwei Diskussionsfelder: auf die Debatte um die Abgrenzung der richtlinienkonformen Rechtsfindung von der unmittelbaren Horizontalwirkung (dazu unter (1)) sowie auf die um die Grenzen der unmittelbaren Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen (dazu unter (2)).

(1) *Unterschiede zwischen richtlinienkonformer Rechtsfindung und unmittelbarer horizontaler Richtlinienwirkung*

In Teilen des Schrifttums wird betont, dass die richtlinienkonforme Rechtsfindung in Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen eine ähnliche Wirkung haben könne wie die unmittelbare Horizontalwirkung von Richtlinien.¹⁷⁹ Um die ähnliche Wirkung zu verdeutlichen, wird in Bezug auf die richtlinienkonforme

¹⁷⁹ Prechal, C. M. L. R. 27 (1990), 451, 470; Coppel, Mod. L. Rev. 57 (1994), 859, 878; Craig, E. L. Rev. 22 (1997), 519, 525 f.; Tridimas, YEL 21 (2002), 327, 348; vgl. Hilf, EuR 1993, 1, 10 f., der die richtlinienkonforme Rechtsfindung zwischen Privaten ablehnt, wenn sie für den Einzelnen nachteilige oder verpflichtende Wirkungen hat und die Richtlinie nicht umgesetzt worden ist; vgl. Götz, NJW 1992, 1849, 1854.

Rechtsfindung teilweise von einer „indirekten unmittelbaren Wirkung“ gesprochen.¹⁸⁰ Manche Autoren erachten es als inkonsequent, richtlinienkonforme Rechtsfindung als zulässig, die unmittelbare Horizontalwirkung dagegen als unzulässig einzustufen.¹⁸¹ Um die Inkonsequenz zu vermeiden, sprechen sich Teile der Literatur dafür aus, auch die horizontale unmittelbare Richtlinienwirkung anzuerkennen.¹⁸² Andere gehen diesen Schritt nicht, sondern verweisen auf einen entscheidenden Unterschied zwischen der unmittelbaren Horizontalwirkung und der richtlinienkonformen Rechtsfindung: Während bei der unmittelbaren Horizontalwirkung die Richtlinie selbst auf den Sachverhalt angewendet werde, werde bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung die nationale Norm auf den Sachverhalt angewendet.¹⁸³ Die Richtlinie bestimme lediglich, wie Auslegungsspielräume in der nationalen Norm zu nutzen seien.¹⁸⁴ Sie verpflichte Privatpersonen aber nicht unmittelbar.¹⁸⁵ Eine nationale Norm, die richtlinienkonform angewendet werde, könne dagegen die Rechtspositionen von Privatpersonen beeinflussen und ihnen Verpflichtungen auferlegen.¹⁸⁶ Im konkreten Fall soll die Zulässigkeit der richtlinienkonformen Rechtsfindung nur von den Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfindung selbst abhängen.¹⁸⁷ Unerheblich soll hingegen sein, ob die richtlinienkonforme Rechtsfindung einer unmittelbaren Horizontalwirkung nahe- oder gleichkommt.¹⁸⁸

¹⁸⁰ *Ress*, DÖV 1994, 489, 493; *Craig*, E.L. Rev. 22 (1997), 519, 525 (in der englischen Terminologie: „indirect direct effect“).

¹⁸¹ *Ress*, DÖV 1994, 489, 494; *Coppel*, Mod. L. Rev. 57 (1994), 859, 878 f.

¹⁸² *Coppel*, Mod. L. Rev. 57 (1994), 859, 878 f.; vgl. *Búrca*, Mod. L. Rev. 55 (1992), 215–240, 233; *Gerven*, Horizontal Effect, S. 15 f., 25; vgl. *Craig*, E.L. Rev. 22 (1997), 519 ff., der die Argumente gegen eine unmittelbare Horizontalwirkung für nicht überzeugend hält; vgl. *Seifert*, EuR 2010, 802, 807, nach dem nur die unmittelbare positive Anwendung einer Richtlinie im Horizontalverhältnis unzulässig ist.

¹⁸³ *Gellermann*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, S. 111; *Prechal*, Directives in EC Law, S. 213; *Calliess/Ruffert/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 81; *Tridimas*, YEL 21 (2002), 327, 348, nach dem die Unterscheidung tatsächlich kaum einen Unterschied macht; vgl. *Rörig*, Direktwirkung von Richtlinien, S. 136; vgl. *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261, 276, nach dem die Unsicherheit bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung vom nationalen, nicht vom Gemeinschaftsrecht ausgeht.

¹⁸⁴ *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261, 276; vgl. *Gellermann*, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, S. 111.

¹⁸⁵ *Calliess/Ruffert/Ruffert*, Art. 288 AEUV Rn. 81; vgl. *Prechal*, Directives in EC Law, S. 213.

¹⁸⁶ *Prechal*, Directives in EC Law, S. 213.

¹⁸⁷ *Prechal*, Directives in EC Law, S. 213 f.

¹⁸⁸ *Prechal*, Directives in EC Law, S. 213; a. A. *Finnegan v. Clowney Youth Training Programme Limited* [1990] I.C.R. 462, 470.

(2) *Zulässige Auswirkungen unmittelbarer Richtlinienwirkung auf Private*

Während sich zahlreiche Autoren darum bemühen, die unübersichtliche Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Richtlinienwirkung gegenüber Privaten zu systematisieren, formulieren nur wenige einen eigenen Standpunkt zur Abgrenzungsfrage. Dabei werden an dieser Stelle die Stimmen ausgeblendet, die sich für eine unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung aussprechen,¹⁸⁹ denn sie widersprechen dem Ausgangspunkt der hier angestellten Überlegungen, dass Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV für Privatpersonen nicht verbindlich sein dürfen. In den Mittelpunkt gestellt werden dagegen Äußerungen aus der Literatur, die Grenzen der unmittelbaren Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen formulieren.

Auch wenn es sich um eigenständige, von der EuGH-Rechtsprechung unabhängige Standpunkte handelt, ähneln diese jedoch oder decken sich sogar häufig mit den Ansätzen, die die Rechtsprechung des EuGH systematisieren. Prechal spricht sich etwa dafür aus, dass in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen die Richtlinienbestimmungen nicht auf den Sachverhalt angewendet werden dürfen, um den Fall zu entscheiden.¹⁹⁰ Damit umschreibt sie den von ihr als unzulässig eingestuften *positive effect* oder *substitutionary effect*. Der *negative effect* oder *exclusionary effect* soll dagegen zulässig sein. Eine Richtlinie beeinflusse die Rechtsbeziehung zwischen zwei Privatpersonen dann nur mittelbar, da sie nur die Anwendung der Normen beeinflusse, die die Rechtsbeziehung unmittelbar regelten. In eine ähnliche Richtung weist die Aussage von Götz, dass eine Richtlinie nur über die Vermittlung durch das nationale Recht Verpflichtung des Einzelnen begründen könne.¹⁹¹

Schroeder stimmt dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Wells zu.¹⁹² Seien allein die mitgliedstaatlichen Einrichtungen Adressat der in der Richtlinie genannten Verpflichtungen, seien die nachteiligen Folgen, die sich aus der Unanwendbarkeit staatlichen Rechts ergeben, bloße reflexartige Folge des Richtlinienverstößes. Diese Folge ergebe sich aus dem nationalen Recht. Damit sieht er nachteilige Konsequenzen für Privatpersonen nicht als unzulässige Verpflichtung an, solange sich

¹⁸⁹ Craig, E.L. Rev. 22 (1997), 519, 521; ders., E.L. Rev. 34 (2009), 349, 351 f.; vgl. Nicolayssen, EuR 1986, 370 f.; vgl. auch GA Jacobs, Schlussanträge v. 27. 1. 1994 – C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-765 Rn. 20 = BeckEuRS 1994, 204069; vgl. GA van Gerven, Schlussanträge v. 26. 1. 1993 – C-271/91 (Marshall II), Slg. 1993, I-4381 Rn. 12 = BeckEuRS 1993, 197789, der gar nicht auf eine sich möglicherweise aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ergebende Grenze eingeht; ebenso GA Lenz, Schlussanträge v. 9. 2. 1994 – C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3328 Rn. 47 ff. = BeckEuRS 1994, 203820, der den Einwand, der sich aus dem Wortlaut ergibt, zwar anerkennt, ihn aber nicht entkräftet.

¹⁹⁰ Prechal, Directives in EC Law, S. 268.

¹⁹¹ Götz, in: FS Ress, S. 485, 487.

¹⁹² Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV Rn. 103.

die Konsequenz aus dem nationalen Recht ergibt. Dass die Richtlinie die nationale Rechtslage beeinflusst, soll keine Verpflichtung für Privatpersonen begründen.

Tridimas stimmt der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls zu und begründet seine Zustimmung. In Verfahren zwischen einer Privatperson und dem Staat ist aus seiner Sicht entscheidend, dass in diesen Verfahren keine privatrechtliche Beziehung zwischen der Privatperson, die sich auf die Richtlinie beruft, und dem Dritten besteht.¹⁹³ Daher gebe es auch keine unzulässige „horizontalität“. Verfahren gegen den Staat könnten Auswirkungen auf zahlreiche Bürger haben. Das solle aber nicht der Ausübung von Rechten durch Einzelne gegen den Staat entgegenstehen. Negative Auswirkungen auf Dritte seien vielmehr die unvermeidbare Folge von Verfahren, die auf rechtmäßiges Handeln des Staates drängten. In Verfahren zwischen Privatpersonen hält er den *exclusionary effect* für zulässig. Berufe sich eine Privatperson gegenüber einem Dritten auf eine Richtlinie, damit eine nationale Norm nicht angewendet wird, berufe sich die Privatperson anders als in *Faccini Dori* nicht auf ein materielles Recht gegen den Dritten.¹⁹⁴

Jarass und Beljin differenzieren bei der unmittelbaren Richtlinienwirkung zwischen Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen und solchen zwischen dem Staat und Privatpersonen.¹⁹⁵ Zwischen Privatpersonen scheide eine unmittelbare Richtlinienwirkung regelmäßig aus.¹⁹⁶ Grund dafür sei, dass eine Richtlinie keine Rechte und Pflichten zwischen Privaten begründen dürfe. Davon sei bei jeder Veränderung der Rechtsbeziehung zwischen Privaten auszugehen. Eine Ausnahme gelte nur bei wesentlichen Verfahrensfehlern der Mitgliedstaaten, wenn die Richtlinie nicht regle, wie sich die Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen gestalten.¹⁹⁷ Mit dieser Ausnahme haben sie die Notifizierungsrichtlinie 83/189/EWG sowie die zugehörige Rechtsprechung des EuGH¹⁹⁸ im Blick. Im Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und Privatpersonen unterscheiden sie danach, ob die Belastung den Einzelnen direkt aus der Richtlinie erreicht oder ob seine Rechtslage nach dem Konzept der Richtlinie erst über eine Verwaltungsmaßnahme verschlechtert wird.¹⁹⁹ Direktbelastungen durch unmittelbare Wirkung seien regelmäßig unzulässig, weil Einzelne nicht durch Richtlinien verpflichtet werden dürften.²⁰⁰ Bei verwaltungsvermittelten Nachteilen sei die unmittelbare Wirkung dagegen möglich.²⁰¹ Jarass und Beljin erkennen in der Verpflichtung von Privatper-

¹⁹³ *Tridimas*, YEL 21 (2002), 327, 334.

¹⁹⁴ *Tridimas*, YEL 21 (2002), 327, 340.

¹⁹⁵ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 718 ff.

¹⁹⁶ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 721.

¹⁹⁷ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 722 f.

¹⁹⁸ *EuGH*, Urteil v. 30. 4. 1996 – C-194/94 (CIA Security), Slg. 1996, I-2230 = EuZW 1996, 379 und *EuGH*, Urteil v. 26. 9. 2000 – C-443/98 (Unilever Italia), Slg. 2000, I-7565 = EuZW 2001, 153.

¹⁹⁹ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 728 f.

²⁰⁰ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 729 ff.

²⁰¹ *Jarass/Beljin*, EuR 2004, 714, 731 ff.

sonen also eine Grenze der Richtlinienwirkung. Eine Richtlinie verpflichtet nach ihrer Auffassung dann eine Privatperson, wenn sie sich aufgrund ihrer unmittelbaren Wirkung unmittelbar auf ihre Rechtsposition auswirkt. Tritt der Staat mit seinem Handeln zwischen die unmittelbar wirkende Richtlinie und die belastete Privatperson, soll die Richtlinie keine Verpflichtung für den Privaten begründen. Eine Verpflichtung scheidet somit aus, wenn sie nur mittelbar, d.h. staatsvermittelt ist.

(3) *Zusammenfassung: Unterscheidung zulässiger von unzulässigen Richtlinienwirkungen gegenüber Privaten nach der (Un-)Mittelbarkeit der Belastung*

Teile des Schrifttums erkennen den wesentlichen Unterschied zwischen richtlinienkonformer Rechtsfindung und unmittelbarer Richtlinienwirkung darin, dass bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung die Richtlinie nicht unmittelbar auf den zu entscheidenden Sachverhalt angewendet wird. Die Verpflichtung der Privatperson ergibt sich nach wie vor unmittelbar aus dem nationalen Recht. Um beide Formen der Richtlinienwirkung voneinander abzugrenzen, wird also auf die Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit der Belastung abgestellt. Ähnlich gehen auch Teile des Schrifttums vor, wenn sie erläutern, welche belastenden Auswirkungen unmittelbarer Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen noch zulässig sind.

cc) Eigene Auffassung: Unzulässige Richtlinienwirkung gegenüber Privaten bei unmittelbarer Einwirkung der Richtlinie auf das Rechtsverhältnis und Verschlechterung der rechtlichen Situation

Ziel des übergeordneten Abschnittes war und ist es, die Grenze der unzulässigen Verbindlichkeit von Richtlinien gegenüber Privaten näher zu beschreiben. Dazu wurden Rechtsprechung und Literatur ausgewertet, um zu ermitteln, ob diese die Verbindlichkeitsgrenze näher und überzeugend beschreiben. Die Untersuchung der Rechtsprechung hat jedoch gezeigt, dass die Rechtsprechung des EuGH bislang in sich nicht schlüssig ist. Daher kann das Schrifttum auch kein Erklärungsmodell finden, das die Rechtsprechung umfassend erklärt. Eigenständige Ansätze, die sich nicht nur auf die Ausführungen des EuGH beziehen, gibt es in der Literatur, wenn auch selten.

Da die Rechtsprechung des EuGH inkonsistent ist, erhebt der nachfolgende Versuch, die Grenze der Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen zu beschreiben, nicht den Anspruch, die EuGH-Rechtsprechung zu erläutern. Vielmehr wird der Maßstab mit dem Ziel dargestellt, das Kriterium „verbindlich“ zu präzisieren, um die richtlinienkonforme Rechtsfindung bei Tarifverträgen an dieser Grenze der Richtlinienwirkung messen zu können.

Die Auslegung hat gezeigt, dass Richtlinien für Private nicht „verbindlich“ sein dürfen, dass also eine Verbindlichkeitsgrenze besteht. Doch wann ist eine Richtlinie „verbindlich“? Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten, da der Begriff „verbindlich“ graduelle Abstufungen zulässt. Es ist z. B. denkbar, die Richtlinie bereits bei der richtlinienkonformen Gesetzesauslegung als für die Privatpersonen verbindlich zu erachten, da die Richtlinie das Verständnis der Norm beeinflusst, die den Privaten verpflichtet. Das würde jedoch zu weit führen, denn auch nach einer richtlinienkonformen Gesetzesauslegung entscheidet das nationale Gesetz den Rechtsstreit zwischen Privaten.²⁰² Die nationale Norm ist weiterhin der Entscheidungsmaßstab. Aus ihr fließen die für das Rechtsverhältnis maßgeblichen Regeln. Die Richtlinie hingegen beeinflusst die Rechtslage bloß mittelbar, weil sie ein nach nationaler Methodenlehre mögliches nationales Normverständnis für maßgeblich erklärt. Maßgeblich, d. h. für die Privatpersonen verbindlich bleibt weiterhin das nationale Gesetz. Von den Privatpersonen wird nur verlangt, sich an das Gesetz zu halten, das für sie sowieso verbindlich ist.

Eine Richtlinie ist vielmehr dann für einen Privaten verbindlich, wenn sich die rechtliche Position der Privatperson unmittelbar aufgrund der Richtlinie verschlechtert. Damit gibt es drei Merkmale einer unzulässigen Richtlinienwirkung gegenüber Privatpersonen: Die *unmittelbare* (1.) Einwirkung auf ein Rechtsverhältnis *verändert die rechtliche Position* (2.) der Privatperson *zu deren Nachteil* (3.). Verbessert sich hingegen die rechtliche Position eines Privaten unmittelbar aufgrund einer Richtlinie, verstößt das nicht gegen die Verbindlichkeitsgrenze, denn „verbindlich“ impliziert eine negativ zu beurteilende Einengung der Handlungsoptionen.

Es sind drei Konstellationen unzulässiger Richtlinienwirkung denkbar: Zum einen kommt in Betracht, dass die Richtlinie der Privatperson unmittelbar eine Pflicht auferlegt (z. B. Zahlung eines Geldbetrags). Zum anderen ist denkbar, dass eine Richtlinie dem Verhalten der Privatperson die Rechtswirkung aberkennt (z. B. Unwirksamkeit einer Kündigung) oder dem Verhalten eines anderen Akteurs zu Lasten der Privatperson unmittelbar Rechtswirkung zuerkennt (z. B. Wirksamkeit eines Widerspruchs). Gemeinsames Kennzeichen dieser drei Konstellationen ist, dass die Handlungsfreiheit der Privatperson eingeschränkt ist: Sie muss der Pflicht Folge leisten, das Verhalten eines anderen Akteurs als rechtswirksam anerkennen oder verliert die Möglichkeit, mit ihrem eigenen Verhalten die Rechtslage zu verändern. Es steht der Privatperson jeweils nicht frei, die Richtlinienvorgaben folgenreich zu ignorieren.

Wendet man den dargestellten Maßstab in Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen an, gilt das Folgende: Wirkt eine Richtlinie nur mittelbar auf das Rechtsverhältnis ein, verletzt die Richtlinienwirkung nicht die Verbindlichkeitsgrenze. Es

²⁰² Ebenso Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, S. 111, Prechal, Directives in EC Law, S. 213 und Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV Rn. 81.

ist daher zulässig, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, weil die Richtlinie in dieser Situation unmittelbar nur auf das Gesetz einwirkt. Das Gesetz wiederum wirkt unmittelbar auf das private Rechtsverhältnis ein und mittelt den Richtlinien Einfluss. Daher ist die Richtlinienwirkung auf das Rechtsverhältnis zwischen Privaten im Falle richtlinienkonformer Gesetzesauslegung und -fortbildung bloß mittelbar. Unzulässig ist hingegen die unmittelbare horizontale Richtlinienwirkung. In diesem Fall ist unmittelbar die Richtlinie und kein „zwischen-geschalteter“ fremder Rechtsakt der rechtliche Maßstab. Es verbessert sich zwar die rechtliche Situation der Privatperson, die sich auf die Richtlinie beruft. Kehrseite dessen ist im Rechtsverhältnis zwischen Privaten jedoch, dass sich zugleich die rechtliche Situation der anderen am Rechtsverhältnis beteiligten Privatperson verschlechtert. Damit ist die Richtlinie gegenüber der anderen am Rechtsverhältnis beteiligten Privatperson unzulässigerweise verbindlich.

Im Rechtsverhältnis zwischen einer Privatperson und dem Staat besteht eine andere Situation. Verbessert sich die rechtliche Situation der Privatperson unmittelbar aufgrund einer Richtlinie, wirkt sich das zwar negativ auf die rechtliche Situation des Staats aus. Dieser kann sich jedoch nicht auf einen Verstoß gegen die Verbindlichkeitsgrenze berufen, weil für ihn Richtlinien gerade verbindlich sind. Die unmittelbare Richtlinienwirkung gegenüber dem Staat zugunsten einer Privatperson verletzt somit nicht die Verbindlichkeitsgrenze. Auch die richtlinienkonforme Gesetzesauslegung und -fortbildung wahrt im Rechtsverhältnis zwischen einer Privatperson und dem Staat die Verbindlichkeitsgrenze. Zwar mag sich dadurch die rechtliche Situation der Privatperson verschlechtern. Jedoch basiert diese Verschlechterung nicht unmittelbar auf der Richtlinie, sondern unmittelbar auf dem jeweiligen nationalen Gesetz, das den Richtlinien Einfluss mittelt.

Eine Richtlinienwirkung verletzt also die Verbindlichkeitsgrenze, wenn sich die rechtliche Situation einer Privatperson unmittelbar aufgrund der Richtlinie verschlechtert. Das ist der Fall, wenn eine Richtlinie einen Privaten unmittelbar verpflichtet oder unmittelbar einem Verhalten zu ihren Lasten Rechtswirkung zu- oder aberkennt. Der Privatperson steht es in diesen Fällen nicht frei, die Richtlinienvorgaben folgenlos zu ignorieren, sodass ihre Handlungsfreiheit eingeschränkt ist. Davon ausgehend ist die Wahrung der Verbindlichkeitsgrenze in drei Schritten zu prüfen:

- Im *ersten* Schritt kommt es darauf an, ob die Richtlinie *unmittelbar* oder mittelbar auf das Rechtsverhältnis einwirkt. Mittelt ein bereits für die Parteien geltender fremder Rechtsakt den Richtlinien Einfluss auf das Rechtsverhältnis, ist die Verbindlichkeitsgrenze gewahrt.
- Im *zweiten* Schritt ist zu untersuchen, ob sich die *rechtliche Position* einer am Rechtsverhältnis beteiligten Privatperson *verändert*.
- Schließlich ist im *dritten* Schritt zu prüfen, ob sich die rechtliche Position einer am Rechtsverhältnis beteiligten Privatperson *verschlechtert*.

Ausgangspunkt der hier vertretenen Auffassung ist eine im Schrifttum vertretene und zur Systematisierung der EuGH-Rechtsprechung herangezogene Ansicht. Zulässige Richtlinienwirkungen sind von unzulässigen anhand der (Un-)Mittelbarkeit der Belastung abzugrenzen. Herausgestellt werden drei Prüfungsschritte, um strukturiert untersuchen zu können, ob eine Richtlinienwirkung im Einzelfall eine unzulässige Verbindlichkeit gegenüber einer Privatperson begründet. Zudem wird ein wesentliches Kennzeichen unzulässiger Verbindlichkeit betont: Die Handlungsfreiheit der betroffenen Privatperson ist eingeschränkt, da sie die Richtlinienvorgaben nicht mehr folgenlos ignorieren kann.

*c) Verletzung der Verbindlichkeitsgrenze
durch richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen*

Nachdem unter b) dargelegt wurde, dass und wie der Begriff „verbindlich“ in Art. 288 Abs. 3 AEUV die Richtlinienwirkungen gegenüber Privatpersonen begrenzt, wird nun im zweiten Schritt untersucht, ob die Verbindlichkeitsgrenze überschritten ist, wenn Gerichte verpflichtet sind, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Grundlage der nachfolgenden Ausführungen sind Tarifverträge, die deutschem Recht unterliegen. Sie bestehen aus einem schuldrechtlichen und einem normativ wirkenden Teil.

Die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen kann zu einer unzulässigen Verbindlichkeit von Richtlinien gegenüber zwei Gruppen führen: den Arbeitsvertragsparteien (dazu unter aa)) und den Tarifvertragsparteien (dazu unter bb)). Schließlich wird betrachtet, ob sich das Ergebnis ändert, wenn eine staatliche Tarifvertragspartei beteiligt ist (dazu unter cc)).

aa) Unverbindlichkeit der Richtlinie gegenüber tarifgebundenen
Arbeitsvertragsparteien

Wird der normative Tarifvertragsteil richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet, entfaltet die Richtlinie gegenüber den tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien keine unzulässige Verbindlichkeit, da der Richtlinien Einfluss auf das Arbeitsverhältnis lediglich mittelbar ist. Die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien sind bereits an den normativen Tarifvertragsteil gebunden. Er mittelt im Fall der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung den Richtlinien Einfluss gegenüber den tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien.

Die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils ist regelmäßig nicht geeignet, die rechtliche Situation der Arbeitsvertragsparteien zu verändern, da der schuldrechtliche Teil regelmäßig allein das Rechtsverhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien betrifft. Das ist zwar anders, wenn der schuldrechtliche Tarifvertragsteil dem Arbeitnehmer einen Anspruch

i. S. d. § 328 BGB zugesteht. Jedoch ist auch in dieser speziellen Konstellation der Richtlinieneinfluss gegenüber den Arbeitsvertragsparteien lediglich mittelbar, wenn die anspruchsbegründende Regelung richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet wird. Auch die richtlinienkonforme (ergänzende) Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertragsteils begründet daher keine unzulässige Verbindlichkeit der Richtlinie gegenüber den tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien.

bb) Unzulässige Verbindlichkeit der Richtlinie gegenüber Tarifvertragsparteien

Wendet man den Blick von den Arbeitsvertragsparteien ab und hin zu den Tarifvertragsparteien, tritt eine entscheidende Änderung ein: Gegenüber den Tarifvertragsparteien mittelt kein fremder, bereits für sie geltender Rechtsakt den Richtlinieneinfluss auf das Rechtsverhältnis. Die Richtlinie wirkt vielmehr unmittelbar auf das selbst geschaffene Vertragswerk ein. Das gilt sowohl für den normativen als auch für den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil.

Wird der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrags richtlinienkonform (ergänzend) ausgelegt, verändert sich die rechtliche Situation der Tarifvertragsparteien, da der schuldrechtliche Teil die zwischen ihnen bestehenden Rechte und Pflichten regelt. Dadurch mag sich die rechtliche Position einer Seite verbessern. Kehrseite dessen ist jedoch bei einem Tarifvertrag, den private Tarifvertragsparteien abgeschlossen haben, dass sich die rechtliche Situation der ebenfalls privaten Gegenseite verschlechtert. Daher entfaltet die Richtlinie im Falle der richtlinienkonformen (ergänzenden) Auslegung unzulässige Verbindlichkeit gegenüber derjenigen privaten Tarifvertragspartei, zu deren Lasten die (ergänzende) Auslegung erfolgt. Die richtlinienkonforme (ergänzende) Auslegung des schuldrechtlichen Teils von Tarifverträgen, die private Tarifvertragsparteien abgeschlossen haben, verstößt daher gegen die Verbindlichkeitsgrenze.

Im Unterschied zum schuldrechtlichen Teil betrifft der normative Tarifvertragsteil nicht die Rechte und Pflichten zwischen den Tarifvertragsparteien, sondern diejenigen zwischen den tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Wird der normative Teil richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet, ändert sich die rechtliche Situation der Tarifvertragsparteien also nicht unmittelbar. Sie sind auch weiterhin nicht richtliniengebunden und somit rechtlich nicht verpflichtet, richtlinienwidrige Maßnahme zu unterlassen. Was sich für die Tarifvertragsparteien jedoch ändert, ist ihre tatsächliche Situation, da die richtlinienkonforme Rechtsfindung einen faktischen Handlungsdruck erzeugt, richtlinienkonforme Tarifnormen zu vereinbaren. Diese durch die richtlinienkonforme Rechtsfindung bewirkte Veränderung in tatsächlicher Hinsicht ist der Veränderung der rechtlichen Situation gleichzustellen, weil sich die Folgen stark ähneln. Zum einen ist es privaten Tarifvertragsparteien nicht mehr möglich, die Richtlinienvorgaben folgenlos zu ignorieren. Zum anderen ist die Handlungsfreiheit der privaten Tarifvertragsparteien in

gleicher Weise eingeschränkt, wie sie beim Bestehen einer Pflicht eingeschränkt wäre, keine richtlinienwidrigen Tarifverträge abzuschließen.

Wird der normative Tarifvertragsteil richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet, können die Tarifvertragsparteien der Angleichung der Tarifnormen an die Richtlinienvorgaben innerhalb der von den Gerichten zu beachtenden Rechtsfindungsgrenzen nicht entgehen. Den Tarifvertragsparteien verbleibt nur die Freiheit, darüber zu entscheiden, ob sie selbst die Richtlinienvorgaben beim Tarifvertragschluss beachten oder ob sie es den Gerichten überlassen, die Richtlinienvorgaben bis an die Rechtsfindungsgrenzen umzusetzen. Damit unterscheidet sich ihre Situation aber nicht mehr wesentlich von staatlichen Tarifvertragsparteien, die rechtlich verpflichtet sind, keine richtlinienwidrigen Tarifnormen zu vereinbaren. Wie beim Bestehen einer Unterlassungspflicht können private Tarifvertragsparteien die Richtlinienvorgaben nicht folgenlos ignorieren, da die Tarifnormen richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet werden, wenn die privaten Tarifvertragsparteien die Richtlinienvorgaben missachten. Auch wenn sich also durch die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils lediglich die tatsächliche Situation der Tarifvertragsparteien ändert, entsteht ein einer rechtlichen Unterlassungspflicht vergleichbarer faktischer Handlungsdruck, eine faktische Unterlassungspflicht.

Der faktische Druck, die Richtlinienvorgaben zu befolgen, verändert die Position derjenigen Tarifvertragspartei negativ, auf die oder auf deren Mitglieder sich die Richtlinienvorgaben negativ auswirken. Private Tarifvertragsparteien vertreten die Interessen ihrer Mitglieder und ihre eigenen. Daher streben es private Tarifvertragsparteien an, diese Interessen bestmöglich in Tarifverträgen zu verwirklichen. Wirken sich die Richtlinienvorgaben zu Lasten ihrer Mitglieder oder zu ihren eigenen Lasten aus, setzt die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des normativen Teils einen Handlungsimpuls, der dem Streben nach bestmöglicher Interessenverwirklichung zuwiderläuft. Selbst wenn die Tarifvertragspartei in der Lage wäre, für sich oder ihre Mitglieder positive Regelungen in Tarifvertragsverhandlungen durchzusetzen, führt der von der richtlinienkonformen Rechtsfindung ausgehende, gegenläufige Handlungsdruck dazu, dass die Tarifvertragspartei von den positiven Regelungen Abstand nimmt und stattdessen richtlinienkonforme Vereinbarungen trifft. Deswegen beeinflusst der von der richtlinienkonformen Rechtsfindung ausgehende Handlungsdruck die Position derjenigen Tarifvertragspartei negativ, zu deren oder zu deren Mitglieder Lasten sich die Richtlinienvorgaben auswirken.

Legen Gerichte den normativen Tarifvertragsteil also richtlinienkonform aus oder bilden ihn entsprechend fort, wirkt die Richtlinie unmittelbar auf ein privates Rechtsverhältnis ein. Gleichzeitig erzeugt die richtlinienkonforme Rechtsfindung für eine Seite des Tarifvertrags einen Handlungsdruck, richtlinienkonforme Tarifnormen zu vereinbaren, was ihren Interessen zuwiderläuft und daher zur unzulässigen Verbindlichkeit der Richtlinie führt.

cc) Unverbindlichkeit der Richtlinie bei Tarifvertragsabschluss
durch staatliche Tarifvertragspartei und richtlinienkonformer
Rechtsfindung zugunsten der Arbeitnehmerseite

Ausnahmsweise ist die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung eines Tarifvertrags jedoch zulässig, wenn sie zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt und auf der anderen Seite des Tarifvertrags einzig eine staatliche Tarifvertragspartei beteiligt ist oder einzig mehrere solcher Parteien beteiligt sind.

Soweit es um den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil geht, ist die rechtliche Situation der Tarifvertragsparteien unmittelbar betroffen. Sie verschlechtert sich jedoch nicht für die Gewerkschaft. Die staatliche Tarifvertragspartei kann sich demgegenüber als richtliniengebundene Organisation nicht auf die Verbindlichkeitsgrenze berufen. Daher ist die Verbindlichkeitsgrenze nicht verletzt, wenn der schuldrechtliche Tarifvertragsteil zu Gunsten der Arbeitnehmerseite richtlinienkonform (ergänzend) ausgelegt wird und auf Arbeitgeberseite allein staatliche Tarifvertragsparteien beteiligt sind.

Beim normativen Teil ist die Situation im Ergebnis ähnlich zu beurteilen. Zwar greift die Richtlinie unmittelbar auf das von den Tarifvertragsparteien geschaffene Vertragswerk zu und erzeugt einen Handlungsdruck, richtlinienkonforme Regelungen zu vereinbaren. Jedoch verändert sich die Situation der Gewerkschaft nicht zum Negativen. Ihr Ziel als Verband, der die Interessen seiner Mitglieder kollektiv vertritt, ist es ohnehin, im normativen Tarifvertragsteil möglichst positive Regelungen für seine Mitglieder zu erreichen. Legen Gerichte den normativen Tarifvertragsteil allein zugunsten der Arbeitnehmer richtlinienkonform aus und bilden ihn entsprechend fort, verstärkt der von der richtlinienkonformen Rechtsfindung ausgehende Handlungsdruck nur den bereits vorhandenen Handlungsimpuls, möglichst arbeitnehmerfreundliche Regelungen zu vereinbaren. Der von der richtlinienkonformen Rechtsfindung ausgehende Handlungsdruck läuft den Interessen der Gewerkschaft also nicht zuwider, sondern ist auf ein von ihr bereits verfolgtes Ziel ausgerichtet. Daher begründet die richtlinienkonforme Rechtsfindung zugunsten der Arbeitnehmer gegenüber der Gewerkschaft keine unzulässige Verbindlichkeit der Richtlinie. Zwar läuft der von der richtlinienkonformen Rechtsfindung ausgehende Handlungsdruck den Interessen und dem Handlungsimpuls der staatlichen Arbeitgeberseite zuwider. Das ist jedoch unerheblich, da sich staatliche Tarifvertragsparteien nicht auf die Verbindlichkeitsgrenze berufen können.

Somit begründet die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils keine unzulässige Verbindlichkeit der Richtlinie, soweit die Auslegung oder Fortbildung allein zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt und die Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite eine staatliche ist. Die richtlinienkonforme Rechtsfindung wahrt in dieser Form und Konstellation daher die Verbindlichkeitsgrenze.

dd) Ergebnis: Überschreitung der Verbindlichkeitsgrenze
durch richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Die Verbindlichkeitsgrenze ist aus Sicht der Tarifvertragsparteien überschritten, wenn der normative oder schuldrechtliche Teil eines Tarifvertrags richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet wird. Die Richtlinie wirkt in diesem Fall unmittelbar auf ein privates Rechtsverhältnis ein. Beim schuldrechtlichen Teil verändert sich die rechtliche Situation zu Lasten einer der Tarifvertragsparteien. Bei der richtlinienkonformen Auslegung oder Fortbildung von Tarifnormen verändert sich hingegen die Situation einer Tarifvertragspartei in tatsächlicher Hinsicht negativ, wobei diese Veränderung der Veränderung der rechtlichen Situation gleichsteht. Daher verletzt auch die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifnormen die Verbindlichkeitsgrenze.

Dagegen ist die Verbindlichkeitsgrenze nicht verletzt, wenn die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung eines Tarifvertrags zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt und auf der anderen Seite nur eine staatliche Tarifvertragspartei oder mehrere solcher Parteien beteiligt ist bzw. sind.

*d) Ergebnis: Grundsätzliche Unzulässigkeit
der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung
von Tarifverträgen aufgrund Überschreitung der Verbindlichkeitsgrenze*

Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV dürfen Richtlinien nur für Mitgliedstaaten und nicht für Privatpersonen verbindlich sein. Verletzt eine Richtlinienwirkung diese im Wortlaut angelegte Verbindlichkeitsgrenze, ist sie unzulässig. Dabei wird die Verbindlichkeitsgrenze überschritten, wenn eine Richtlinie die rechtliche Position einer Privatperson unmittelbar verschlechtert.

Wird ein Tarifvertrag richtlinienkonform (ergänzend) ausgelegt oder fortgebildet, ist die Verbindlichkeitsgrenze aus Sicht der tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien gewahrt. Gegenüber den Tarifvertragsparteien wird die Richtlinie jedoch unzulässigerweise verbindlich. Daher verletzen die richtlinienkonforme (ergänzende) Auslegung des schuldrechtlichen sowie die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils die Verbindlichkeitsgrenze. Sie sind unzulässig. Ausnahmsweise zulässig ist hingegen die richtlinienkonforme (ergänzende) Auslegung und Fortbildung sowohl des schuldrechtlichen als auch des normativen Tarifvertragsteils, wenn sie zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt und auf Arbeitgeberseite allein staatliche Tarifvertragsparteien beteiligt sind.

2. Teleologische Auslegung

Möglicherweise können auch aus dem Zweck von Art. 288 Abs. 3 AEUV Rückschlüsse darauf gezogen werden, ob Gerichte verpflichtet sind, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Dabei kann unterschieden werden zwischen den Zwecken, die mit dem Rechtsetzungsinstrument Richtlinie verfolgt werden, und den Zwecken der judikativen Umsetzungspflicht.

a) Zweck des Rechtsetzungsinstruments Richtlinie und daraus folgende Anforderungen an die Umsetzung

Das Rechtsetzungsinstrument Richtlinie dient dazu, das Recht in der EU anzugleichen.²⁰³ Die Rechtsangleichung ist nur dann erfolgreich, wenn die Umsetzungsakte hinreichend klar gefasst, verbindlich und beständig sind. Rechtsangleichung scheitert, wenn die Rechtslage für den Bürger unklar ist. Er ist dann nicht in der Lage, zu erkennen, über welche Rechte er verfügt. Die mit dem angeglichenen Recht beabsichtigte Verhaltenssteuerung bleibt aus. Rechtsangleichung scheitert aber insbesondere auch, wenn das Recht nicht in einer für die Staatsorgane verbindlichen Weise angeglichen wird.²⁰⁴ Sind staatliche Institutionen wie Behörden oder Gerichte nicht zwingend an die Angleichung gebunden, können sie in Einzelfällen anders entscheiden, als von der Richtlinie intendiert. Steht es im Belieben der zur Entscheidung berufenen Institution, ob es den in die nationale Rechtsphäre transferierten Richtlinienvorgaben entspricht, ist eine richtlinienkonforme Entscheidung nicht gesichert. In diesem Fall kann das nationale Recht nicht als an die Richtlinienvorgaben angeglichen gelten. Zugleich setzt eine verbindliche Umsetzung voraus, dass sie auch beständig ist. Ist die zur Entscheidung im Einzelfall berufene Institution zwar an den Umsetzungsakt gebunden, hat sie es jedoch in der Hand, den Umsetzungsakt selbst abzuändern, hebt das die Verbindlichkeit des Umsetzungsaktes auf. Eine verbindliche Umsetzung ist ohne eine gewisse Beständigkeit des Umsetzungsaktes nicht denkbar. Der Umsetzungsakt muss die zur Entscheidung im Einzelfall berufenen Institutionen daher so binden, dass der Umsetzungsakt Maßstab der Einzelfallentscheidung ist, ohne dass die Institution den Umsetzungsakt bei ihrer Entscheidung inhaltlich verändern, aufheben oder ignorieren kann.

²⁰³ Danwitz, JZ 2007, 697, 698; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, Art. 288 AEUV Rn. 39; GHN/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 104; vgl. dagegen Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV Rn. 54, nach dem sich die Unterscheidung zwischen Richtlinien als Rechtsangleichungs- und Verordnungen als Rechtsvereinheitlichungsinstrument zusehends auflöst, wobei im Arbeitsrecht bei auf Art. 153 Abs. 1 lit. a–i AEUV gestützten Richtlinien nur eine Mindestharmonisierung zulässig ist, Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV.

²⁰⁴ Vgl. Streinz/Schroeder, Art. 288 AEUV Rn. 76, der die Pflicht der Mitgliedstaaten, verbindliche Maßnahmen zu „ergreifen, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit entsprechen“, auf das Effektivitätsprinzip zurückführt.

Aus dem Zweck von Richtlinien, der Rechtsangleichung, folgen somit drei Anforderungen an die Richtlinienumsetzung: Richtlinien müssen klar verständlich sowie in verbindlicher und beständiger Weise umgesetzt werden.

Die gleichen Anforderungen an die Umsetzung ergeben sich auch aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Der EuGH beschreibt die sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit ergebende Verpflichtung mit verschiedenen Adjektiven in unterschiedlichen Kombinationen: Richtlinien müssen so „konkret“, „genau“, „klar“, „eindeutig“, „transparent“ und „bestimmt“ umgesetzt werden müssen, dass Bürger in die Lage versetzt werden, von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und sie vor Gericht geltend zu machen.²⁰⁵ Auf diese Weise sollen die Gerichte in die Lage versetzt werden, sicherzustellen, dass die Rechte eingehalten werden, die sich aus der Richtlinie ergeben.²⁰⁶ Ferner verlangt der EuGH, dass Richtlinienbestimmungen mit „unbestreitbarer Verbindlichkeit“ umgesetzt werden müssen.²⁰⁷ In einer früheren Entscheidung spricht er davon, dass „vollständig gewährleistet“ sein müsse, dass die Richtlinienbestimmungen beachtet würden.²⁰⁸ Auch daraus lässt sich ablesen, dass der EuGH eine verbindliche Umsetzung verlangt. Während der EuGH in den in den Fußnoten aufgeführten Entscheidungen nicht näher darauf eingeht, woraus sich das Gebot der Rechtssicherheit ergibt, erklärt er es in anderen Kontexten zu einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts.²⁰⁹ Gestützt werden kann

²⁰⁵ *EuGH*, Urteil v. 28. 2. 1991 – C-131/88 (Kommission/Deutschland), Slg. 1991, I-865 Rn. 36 = NVwZ 1991, 973; *EuGH*, Urteil v. 27. 10. 1992 – C-74/91 (Kommission/Deutschland), Slg. 1992, I-5461 Rn. 17 = EuZW 1993, 63; *EuGH*, Urteil v. 19. 9. 1996 – C-236/95 (Kommission/Griechenland), Slg. 1996, I-4467 Rn. 13 = BeckRS 2004, 75319; *EuGH*, Urteil v. 4. 12. 1997 – C-207/96 (Kommission/Italien), Slg. 1997, I-6877 Rn. 26 = BeckRS 2004, 74965; *EuGH*, Urteil v. 8. 7. 1999 – C-354/98 (Kommission/Frankreich), Slg. 1999, I-4933 Rn. 11 = BeckRS 2004, 76682; *EuGH*, Urteil v. 30. 1. 1985 – Rs. 143/83 (Kommission/Dänemark), Slg. 1985, 432 Rn. 10 und *EuGH*, Urteil v. 28. 4. 1993 – C-306/91 (Kommission/Italien), Slg. 1993, I-2151 Rn. 14 = BeckRS 2004, 76191, wo der EuGH zusätzlich den „Grundsatz des Rechtsschutzes“ nennt; vgl. ohne Rückgriff auf das Gebot der Rechtssicherheit *EuGH*, Urteil v. 1. 3. 1983 – C-300/81 (Kommission/Italien), Slg. 1983, 449 Rn. 10, *EuGH*, Urteil v. 23. 5. 1985 – Rs. 29/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 1667 Rn. 23, 28, *EuGH*, Urteil v. 15. 6. 1995 – C-220/94 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1995, I-1603 Rn. 10 = BeckRS 2004, 75190 und *EuGH*, Urteil v. 9. 9. 1999 – C-217/97 (Kommission/Deutschland), Slg. 1999, I-5105 Rn. 32 = NVwZ 1999, 1209.

²⁰⁶ *EuGH*, Urteil v. 30. 1. 1985 – Rs. 143/83 (Kommission/Dänemark), Slg. 1985, 432 Rn. 10; *EuGH*, Urteil v. 28. 4. 1993 – C-306/91 (Kommission/Italien), Slg. 1993, I-2151 Rn. 14 = BeckRS 2004, 76191.

²⁰⁷ *EuGH*, Urteil v. 13. 3. 1997 – C-197/96 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-1496 Rn. 14 = NZA 1997, 481; *EuGH*, Urteil v. 4. 12. 1997 – C-207/96 (Kommission/Italien), Slg. 1997, I-6877 Rn. 26 = BeckRS 2004, 74965; ähnlich *EuGH*, Urteil v. 8. 7. 1999 – C-354/98 (Kommission/Frankreich), Slg. 1999, I-4933 Rn. 11 = BeckRS 2004, 76682.

²⁰⁸ *EuGH*, Urteil v. 23. 5. 1985 – Rs. 29/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 1667 Rn. 31.

²⁰⁹ *EuGH*, Urteil v. 8. 12. 2011 – C-81/10 P (France Télécom), Slg. 2011, I-12899 Rn. 100 = BeckRS 2011, 81932; *EuGH*, Urteil v. 31. 1. 2013 – C-643/11 (LVK – 56), BeckRS 2013, 80177 Rn. 51; ebenso der Generalanwalt Y. Bot in *GA Bot*, Schlussanträge des Generalanwalts v. 18. 11. 2014 – C-147/13 (Spanien/EU), BeckRS 2014, 82387 Rn. 100.

das Gebot der Rechtssicherheit auch auf Art. 2 S. 1 EUV.²¹⁰ Danach ist die Rechtsstaatlichkeit ein Wert, auf den sich die EU gründet, wobei Rechtsstaatlichkeit auch Rechtssicherheit voraussetzt.²¹¹

Zwingende Anforderung an eine Richtlinienumsetzung ist es somit, dass die Umsetzung in verbindlicher und beständiger Weise erfolgen muss. Dabei kann es von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren, welche Rechtsakte eine hinreichende Verbindlichkeit und Beständigkeit aufweisen.²¹² In aller Regel werden das jedoch die von der Legislative erlassenen Rechtsakte und in bestimmten Situationen auch Rechtsakte der Exekutive sein. Dagegen können Gerichte die erforderliche Verbindlichkeit nicht schaffen, da grundsätzlich der Legislative die Rechtsetzung überantwortet ist. Deutsche Gerichte entscheiden anlassbezogen Streitigkeiten zwischen Privaten oder Privaten und dem Staat in aller Regel mit *inter partes*-Wirkung.

*b) Zweck der judikativen Umsetzungspflicht:
Sicherungsfunktion der Judikative bei der Umsetzung
durch den Mitgliedstaat*

Sind Gerichte nicht in der Lage, die Umsetzungsverpflichtung für den Mitgliedstaat zu erfüllen, sind sie auch nicht primärer Adressat der Pflicht. Primär verpflichtet ist die Legislative²¹³ und, soweit diese die Exekutive zur Rechtsetzung ermächtigt, die Exekutive. Der Judikative kommt insofern lediglich eine Sicherungsfunktion zu.²¹⁴ Sie sichert im Rahmen der ihr zustehenden Kompetenz die Richtlinienumsetzung derjenigen staatlichen Institutionen ab, die verbindliche richtlinienumsetzende Regelungen schaffen können. Es ist nämlich an sich überflüssig, auch die Judikative in die Pflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV einzubeziehen, wenn man davon ausgeht, dass die Legislative und ggf. die Exekutive stets ihrer Umsetzungsverpflichtung nachkommen, da beide theoretisch allein in der Lage sind, die Umsetzungsverpflicht für den Mitgliedstaat zu erfüllen. Dass die Mitgliedstaaten die Judikative dennoch einbezogen haben, zeigt, dass sie – berechtigterweise²¹⁵ – daran zweifeln, dass die anderen beiden Gewalten ihrer unionsrechtlichen Pflicht stets umfassend nachkommen. Die Mitgliedstaaten haben

²¹⁰ EU-Wirtschaftsrecht/Gröpl, J. Steuerrecht Rn. 437; Vedder/Heintschel von Heinegg/Hauptsache von Heinegg, Art. 2 EUV Rn. 2.

²¹¹ Vgl. etwa auch EU-Kommission, COM(2014)158, S. 4, Anhang I S. 1.

²¹² Vgl. EuGH, Urteil v. 23.5.1985 – Rs. 29/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 1667 Rn. 23, wonach nicht zwingend der Gesetzgeber Richtlinien umsetzen muss.

²¹³ Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 36.

²¹⁴ Baldauf, Richtlinienverstoß, S. 36 spricht von einer „sekundäre[n] Umsetzungsverpflicht“, die hinzutrete, wenn die Legislative ihre Primärpflicht nicht vollständig, inkorrekt oder zweideutig erfülle; vgl. Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 657.

²¹⁵ Siehe etwa EU-Kommission, Einhaltung von EU-Recht in den Mitgliedstaaten: Noch nicht gut genug, wonach die Kommission im Jahr 2016 847 neue Vertragsverletzungsverfahren aufgrund verspäteter Richtlinienumsetzung eingeleitet hat.

daher, indem sie auch die Judikative der Umsetzungspflicht unterworfen haben, einen Sicherungsmechanismus gegen richtlinienwidriges Handeln der Legislative und Exekutive geschaffen. Damit stellen sie eine möglichst effektive Rechtsangleichung sicher.²¹⁶

Um ihre Sicherungsfunktion zu erfüllen, nutzen nationale Gerichte die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel, um kein richtlinienwidriges Recht zu sprechen. Sie wenden das von anderen staatlichen Institutionen geschaffene Recht, das richtlinienwidrig ist, oder Auslegungsspielräume belässt, die richtlinienwidrig genutzt werden können, daher richtlinienkonform an, soweit es ihnen ihre nationale Methodenlehre erlaubt. Damit können sie ein von der Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren verhindern, wenn das mit der gerichtlichen Entscheidung richtlinienkonform ausgelegte oder fortgebildete staatliche Recht die von Art. 288 Abs. 3 AEUV verlangte verbindliche und klare Umsetzung gewährleistet.²¹⁷ Zudem vermeiden die nationalen Gerichte richtlinienwidrige Einzelfallentscheidungen gegenüber Bürgern. Diese kommen somit in den Genuss des Richtlinienschutzes und können keine Entschädigungsansprüche gegen den Mitgliedstaat geltend machen.²¹⁸ Die Einbeziehung der Judikative in die Umsetzungspflicht sichert den Bürger daher gegen richtlinienwidriges Handeln der Legislative oder Exekutive ab.

c) Ausfluss der Sicherungsfunktion: Staatliche Rechtsakte als Bezugsobjekt der judikativen Umsetzungspflicht

Da die judikative Umsetzungspflicht bezweckt, den Bürger vor richtlinienwidrigem Verhalten der anderen staatlichen Institutionen zu schützen, sind grundsätzlich allein staatliche Rechtsakte Bezugsobjekt der Umsetzungspflicht. Wendet die Judikative diese Rechtsakte an, muss sie mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln – in Deutschland mit der Auslegung und Fortbildung des Rechts – der Richtlinie möglichst weitgehend zum Durchbruch verhelfen. Sie muss staatliche Rechtsakte daher richtlinienkonform auslegen und fortbilden. Demgegenüber sind Tarifverträge keine staatlichen, sondern private Rechtsakte. Daher unterfallen sowohl der normative als auch der schuldrechtliche Tarifvertragsteil grundsätzlich nicht der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung.²¹⁹

Auch wenn Tarifverträge mit staatlichen Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden private Vereinbarungen sind, das Bezugsobjekt also ein privates ist, können

²¹⁶ Höpfner, Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG, unter II.; EuArbR/ders., Art. 288 AEUV Rn. 37.

²¹⁷ Vgl. EuGH, Urteil v. 29. 5. 1997 – C-300/95 (Kommission/Großbritannien), Slg. 1997, I-2663 Rn. 37 = BeckRS 2004, 76148; vgl. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 270; vgl. ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG, unter II.; vgl. EuArbR/ders., Art. 288 AEUV Rn. 37.

²¹⁸ Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, S. 270; ders., Anm. zu BAG, AP Nr. 65 zu § 11 BUrlG, unter II.; EuArbR/ders., Art. 288 AEUV Rn. 37.

²¹⁹ Vgl. Wißmann, in: FS Bepler, S. 649, 657.

Gerichte bei diesen Tarifverträgen sowohl bezüglich des normativen als auch des schuldrechtlichen Teils ihrer Sicherungsfunktion nachkommen. Staatliche Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände sind zwar jedenfalls in Deutschland nicht in der Lage, eine Richtlinie für die Bundesrepublik wirksam umzusetzen. Sie können die Umsetzungspflicht daher nicht vollständig erfüllen. Jedoch haben sie richtlinienwidriges Verhalten zu unterlassen. Diese Unterlassungspflicht, die staatliche Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände trifft, können die Gerichte absichern. Damit ist jedoch nicht gesagt, ob die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung nur zugunsten oder auch zu Lasten der Arbeitnehmerseite erfolgen darf. Die Sicherungsfunktion erfüllen Gerichte auch, wenn sie Tarifverträge zu Lasten der Arbeitnehmerseite richtlinienkonform auslegen und fortbilden. Damit würden sie jedoch gegen die Verbindlichkeitsgrenze verstoßen.²²⁰ Selbst wenn eine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung und -fortbildung zu Lasten der Arbeitnehmerseite daher von der Sicherungsfunktion der Judikative gedeckt ist, lässt die Verbindlichkeitsgrenze lediglich eine richtlinienkonforme Rechtsfindung zugunsten der Arbeitnehmer und Gewerkschaften zu.

d) Keine Ausnahme bei heteronomer Tarifvertragsgeltung

Im Ausgangspunkt beschränkt sich die Sicherungsfunktion der Gerichte auf staatliche Rechtsakte. Ist die Geltung eines Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis privatautonom legitimiert, ist daher offenkundig, dass sich die Umsetzungspflicht nicht auf diesen Tarifvertrag erstreckt. Möglicherweise ändert sich dieses Ergebnis jedoch, wenn die Geltung des Tarifvertrags nicht privatautonom legitimiert ist, sondern der Tarifvertrag heteronom gilt. In Deutschland dient die Legitimation der Normgeltung etwa als Argument, um die Kontrolle von Kollektivvereinbarungen anhand höherrangigen Rechts und eine gesteigerte Kontrollintensität zu rechtfertigen.²²¹ Für die Grundrechtskontrolle von Betriebsnormen und Betriebsvereinbarungen wird auf deren Legitimationsdefizit verwiesen.²²² In anderen Mitgliedstaaten ist die heteronome Tarifvertragsgeltung noch viel verbreiteter, weil in diesen Mitgliedstaaten die einseitige Tarifgebundenheit des Arbeitgebers ausreicht.²²³

Gilt ein Tarifvertrag im Arbeitsverhältnis heteronom, steht eine staatliche Geltungsanordnung hinter der Tarifvertragsgeltung. In dieser Konstellation rücken die

²²⁰ Siehe zur Verbindlichkeitsgrenze 2. Teil 4. Kapitel A. IV. 1. b) cc) (S. 271 ff.).

²²¹ Siehe dazu 2. Teil 4. Kapitel A. III. 1. c) (S. 244 f.).

²²² Siehe 2. Teil 4. Kapitel A. III. 1. a) bb) und b) (S. 239 ff.).

²²³ *Rebhahn*, NZA 2001, 763, 766; für Belgien *Dopheide*, in: Kamanabrou (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, S. 140, 153; für Frankreich *dies.*, in: Kamanabrou (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, S. 180, 195; für Österreich *Georges*, in: Kamanabrou (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, S. 249, 255; für Polen Henssler/Braun/*Zimoch-Tucholka/Malinowska-Hyla*, Polen Rn. 200; für Tschechien Henssler/Braun/*Linhart/Ranič*, Tschechien Rn. 166; zur unterschiedlichen Wirkung von Tarifverträgen in den Mitgliedstaaten siehe auch *Wedderburn*, Ind.L.J. 21 (1992), 245, 261 f.

Tarifverträge gerade aus Sicht der Tarifvertragsunterworfenen in die Nähe staatlicher Rechtsakte, auf die sich die judikative Sicherungsfunktion bezieht. Daher mag der Gedanke naheliegen, die Sicherungsfunktion der Judikative auch auf Tarifverträge zu erstrecken, die heteronom gelten, und diese Tarifverträge somit richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Das lässt jedoch außer Acht lassen, dass unabhängig davon, wie die Geltung des Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis legitimiert ist, eine unzulässige faktische Verbindlichkeit der Richtlinie für die Tarifvertragsparteien entsteht, wenn heteronom geltende Tarifverträge richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden. Die im Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV angelegte Verbindlichkeitsgrenze steht einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von heteronom geltenden Tarifverträgen daher im Wege.

e) Ergebnis: Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen widerspricht Zweck der judikativen Umsetzungspflicht

Das Rechtsetzungsinstrument Richtlinie dient dazu, das Recht anzugleichen. Diese Rechtsangleichung ist nur erfolgreich, wenn der Umsetzungsakt klar verständlich, verbindlich und beständig ist. Während Legislative und Exekutive mit ihren Rechtsakten diese Anforderungen erfüllen können, ist das der Judikative nicht möglich. Ihr kommt vielmehr die Funktion zu, die Umsetzung durch Legislative und Exekutive abzusichern. Daher beschränkt sich die judikative Umsetzungspflicht auf Rechtsakte der Legislative und Exekutive. Tarifverträge unterfallen der judikativen Umsetzungspflicht hingegen grundsätzlich nicht, sodass sie nicht richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden sind. Das gilt auch, wenn die Tarifverträge im Arbeitsverhältnis heteronom gelten. Etwas anderes gilt nur für Tarifverträge staatlicher Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände, bei denen die Judikative die Unterlassungspflicht der staatlichen Akteure absichert. Diese Tarifverträge sind zugunsten der Arbeitnehmer und Gewerkschaften richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

3. Systematische Auslegung – Berücksichtigung von Art. 28 Var. 1 GRCh

Art. 288 Abs. 3 AEUV ist schließlich auch im Lichte des gesamten Unionsrechts auszulegen²²⁴, da das Unionsrecht möglichst als harmonische Einheit zu verstehen ist.²²⁵ Zu berücksichtigen sind insbesondere die Grundrechte²²⁶ derjenigen, zu deren Lasten eine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

²²⁴ *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 1982 – Rs. 283/81 (C.I.L.F.I.T.), Slg. 1982, 3417 Rn. 20 = NJW 1983, 1257.

²²⁵ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 431.

²²⁶ *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 4 Rn. 274.

gehen würde. Dabei ist an das Grundrecht²²⁷ aus Art. 28 Var. 1 GRCh der tarifvertragsschließenden Parteien zu denken. Danach haben die Tarifvertragsparteien das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen. Dieses Recht kann beeinträchtigt sein, weil eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung eines Tarifvertrags dazu führen kann, dass sich das inhaltliche Verständnis des Tarifvertrags ändert. Die gleiche Überlegung gilt auch für das Grundrecht der Mitglieder der Tarifvertragsparteien aus Art. 28 Var. 1 GRCh.

Offen ist jedoch, auf welche Weise Art. 28 Var. 1 GRCh die Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV beeinflusst. Eine grundrechtechartakonforme Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV lässt sich nicht damit begründen, dass Art. 28 Var. 1 GRCh Art. 288 Abs. 3 AEUV im Falle eines Widerspruchs derogiert, da beide Normen gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 EUV auf derselben Rangstufe stehen.²²⁸ Es ist daher keine grundrechtechartakonforme Auslegung des AEUV zum Zweck des Normerhalts geboten.

Auch kommt es aus zwei Gründen nicht in Betracht, zwischen Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 28 Var. 1 GRCh praktische Konkordanz herzustellen, wie es für das Verhältnis zwischen Grundrechten²²⁹ oder zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten²³⁰ befürwortet wird.²³¹ Zum einen setzt die praktische Konkordanz nach deutscher Vorstellung voraus, dass zwei Rechtsgüter miteinander kollidieren.²³² Die praktische Konkordanz dient dann dazu, die kollidierenden Rechtsgüter so miteinander in Ausgleich zu bringen, dass beide möglichst optimal verwirklicht werden.²³³ Ob Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 28 Var. 1 GRCh miteinander kollidieren, steht jedoch nicht fest, da zunächst der Inhalt von Art. 288 Abs. 3 AEUV zu bestimmen ist. Erst wenn der Norminhalt feststeht, kommt eine Kollision mit

²²⁷ EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 2.

²²⁸ Vgl. für die grundrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts auf die Normenhierarchie abstellend Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, § 4 Rn. 274.

²²⁹ Meyer/Borowsky, 4. Aufl., Vor Art. 51 ff. GRCh Rn. 30; Herresthal, ZEuP 2014, 238, 261; ErfK/Schlachter, Vorbem. AEUV Rn. 20.

²³⁰ Schubert, Der Vorschlag der Europäischen Kommission zu einer Monti-II-Verordnung, S. 26 f.; Schubert, ZfA 2013, 1, 8; NK-GA/Heuschmid/Lörcher, Vor GRCh Rn. 19; ErfK/Schlachter, Vorbem. AEUV Rn. 19; vgl. Danwitz, EuZA 2010, 6, 8, der keinen inhaltlichen Unterschied zwischen der Rechtsprechung des EuGH in *Viking Line* und *Laval* und dem Bezeichnung des Vorgehens als „praktische Konkordanz“ erkennt; vgl. Jarass, GRCh, Grundl. Rn. 13: „harmonische Auslegung“.

²³¹ Der EuGH verwendet demgegenüber oft die Formulierung eines „angemessenen Gleichgewichts“ oder „angemessenen Ausgleichs“, vgl. *EuGH*, Urteil v. 27. 3. 2014 – C-314/12 (UPC Telekabel Wien), NJW 2014, 1577 Rn. 46, 63 (Kollision zweier Grundrechte), *EuGH*, Urteil v. 13. 5. 2014 – C-131/12 (Google Spain SL und Google Inc.), NVwZ 2014, 857 Rn. 81 (Kollision eines „berechtigten Interesses“ mit Grundrechten) oder *EuGH*, Urteil v. 6. 10. 2015 – C-362/14 (Schrems), NJW 2015, 3151 Rn. 42 (Kollision eines Grundrechts mit „Interessen“).

²³² Grundlegend zur praktischen Konkordanz Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72, 317 ff.

²³³ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 72, 318.

der unionsrechtlichen Tarifautonomie in Betracht.²³⁴ Selbst wenn der Inhalt von Art. 288 Abs. 3 AEUV feststehen sollte, scheidet die Herstellung praktischer Konkordanz aber wegen der Normstruktur des Art. 288 Abs. 3 AEUV aus. Praktische Konkordanz setzt voraus, dass den betroffenen Normen ein Optimierungsgebot innewohnt²³⁵ und sie graduell verwirklicht werden können. Beides trifft auf Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht zu. Art. 288 Abs. 3 AEUV ist eine bloß „technische“ Vorschrift, die regelt, welche Rechtsakte der EU im Rechtsetzungsverfahren zur Verfügung stehen und wie sie wirken.

Jarass spricht sich dafür aus, dass bei der Auslegung einer sonstigen Norm des Primärrechts „die Wertentscheidung des Grundrechts zu berücksichtigen“ sei.²³⁶ Daraus folgt allerdings noch kein konkretes Programm, wie die Wertentscheidung des Art. 28 Var. 1 GRCh bei der Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen ist. Jedenfalls ist es zu vermeiden, dass Art. 288 Abs. 3 AEUV in einer Weise ausgelegt wird, die den Wertungen des Art. 28 Var. 1 GRCh widerspricht, um Widersprüche innerhalb des Primärrechts zu verhindern und eine möglichst harmonische Einheit herzustellen.²³⁷ Zu untersuchen ist daher, ob es den Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh beeinträchtigen würde, wenn Gerichte verpflichtet wären, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Dabei handelt es sich um eine hypothetische Prüfung unter der Annahme, dass Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Beeinträchtigt diese angenommene Verpflichtung den Schutzbereich, steht das einer solchen Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV zwar nicht zwingend entgegen, da AEUV und GRCh auf derselben Rangebene stehen. Die Beeinträchtigung des Rechts aus Art. 28 Var. 1 GRCh wäre jedoch als ein Aspekt unter mehreren in die Abwägung einzustellen. Das Gewicht, das dem Argument in der Abwägung zukommt, würde von der Intensität der Beeinträchtigung abhängen.

a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta, Art. 51 GRCh

Zunächst muss der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta gemäß Art. 51 GRCh eröffnet sein. Danach gilt die Charta „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh. Die Reichweite dieses Anwendungsbereichs ist nicht nur in der Literatur sowie zwi-

²³⁴ Vgl. Jarass, EuR 2013, 29, 30 und *ders.*, GRCh, Grundl. Rn. 14, der bei der von ihm vorgeschlagenen „harmonischen Auslegung“ danach unterscheidet, ob die sonstige Norm des Primärrechts „eingeschränkt werden“ kann. Soll eine Norm „eingeschränkt werden“, setzt das implizit voraus, dass der Norminhalt feststeht.

²³⁵ Vgl. HStR IX/*Isensee*, § 191 Rn. 57: Schutzgut eines deutschen Grundrechts als Optimierungsgebot.

²³⁶ Jarass, EuR 2013, 29, 30.

²³⁷ Vgl. Rengeling/*Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 4 Rn. 275.

schen ihr und der Rechtsprechung umstritten, sondern auch innerhalb der Rechtsprechung zwischen dem EuGH und dem BVerfG.²³⁸ Der EuGH versteht den Anwendungsbereich der Charta denkbar weit. Prominentes Beispiel für das weite Verständnis des EuGH aus jüngerer Zeit ist dessen Entscheidung in der Rechtssache Åkerberg Fransson.²³⁹ Darin fragte ein schwedisches Gericht an, ob das Verbot der Doppelbestrafung auch im Verhältnis einer steuerlichen Sanktion für Mehrwertsteuerhinterziehung zu einem Strafverfahren gilt. Der EuGH sieht in seiner Antwort den Anwendungsbereich der Charta gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh bereits deswegen als eröffnet an, weil eine Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Erhebung der Mehrwertsteuer zu gewährleisten und den Betrug zu bekämpfen.²⁴⁰ Außerdem soll es genügen, dass die finanziellen Interessen der Union mittelbar beeinflusst werden, um die Chartagrundrechte anzuwenden.²⁴¹ Dieser Sichtweise ist das BVerfG scharf entgegengetreten, indem es erklärt, dass die Entscheidung des EuGH nicht so verstanden werden dürfe, dass jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrecht ausreiche oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreichen.²⁴² Eine solche Sichtweise ordnet das BVerfG als offensichtlichen *ultra vires*-Akt ein. Möglicherweise hat der EuGH in den Rechtssachen Siragusa und Hernández seine sehr weitreichende Auffassung aus der Entscheidung in Åkerberg Fransson aber bereits zurückgeschraubt.²⁴³ Ein weiterer Konflikt zwischen den beiden Gerichten besteht in Bezug auf die Frage, ob die Grundrechtecharta anwendbar ist, wenn das Unionsrecht den Mitgliedstaaten teilweise einen Umsetzungsspielraum belässt.²⁴⁴ Während das BVerfG in dem Bereich, in dem das Unionsrecht keine zwingenden Vorgaben macht, primär die deutschen Grundrechte anwendet, hält der EuGH in diesem Bereich auch die europäischen Grundrechte für anwendbar.

In Bezug auf den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta bestehen also zahlreiche Unklarheiten. Von diesen Debatten wird die richtlinienkonforme Rechtsfindung jedoch nicht berührt. Legt ein Gericht eine tarifvertragliche Regelung richtlinienkonform aus oder bildet sie auf diese Weise fort, betreibt es nicht

²³⁸ Für einen Überblick siehe etwa Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 51 GRCh Rn. 8 ff.

²³⁹ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415.

²⁴⁰ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415 Rn. 25, 27.

²⁴¹ *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415 Rn. 26 f.

²⁴² *BVerfG*, Urteil v. 24. 4. 2013 – 1 BvR 1215/07 (Antiterrordatei), BVerfGE 133, 277 Rn. 91 = NJW 2013, 1499; vgl. *Ohler*, NVwZ 2013, 1433, 1436, der die Entscheidung des EuGH „jedenfalls nicht als *ultra vires*-Akt“ ansieht; vgl. *EuGH*, Urteil v. 10. 7. 2014 – C-198/13 (Hernández), NZA 2014, 1325 Rn. 34, 37, das als Reaktion auf die Aussagen des BVerfG verstanden werden kann.

²⁴³ *EuGH*, Urteil v. 6. 3. 2014 – C-206/13 (Siragusa), NVwZ 2014, 575 Rn. 24; *EuGH*, Urteil v. 10. 7. 2014 – C-198/13 (Hernández), NZA 2014, 1325 Rn. 34, 37; vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundl. Rn. 289.

²⁴⁴ Vgl. *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 2013 – C-617/10 (Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415 Rn. 29 und *BVerfG*, Beschluss v. 6. 11. 2019 – 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I), BVerfGE 152, 152 Rn. 41 ff. = NJW 2020, 300.

nur den an sich rein nationalen Vorgang der Tarifvertragsauslegung²⁴⁵, sondern führt gleichzeitig Unionsrecht durch, denn die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Rechtsfindung, die das Gericht erfüllt, rührt aus Art. 288 Abs. 3 AEUV und damit aus dem Primärrecht her.²⁴⁶ Bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung wendet ein Gericht also nicht nur die betreffende nationale Norm, sondern zeitgleich auch Unionsrecht in Form von Art. 288 Abs. 3 AEUV an. Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta ist im Falle der richtlinienkonformen Rechtsfindung somit eröffnet.

b) Gewährleistungsgehalt von Art. 28 Var. 1 GRCh

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen haben gemäß Art. 28 Var. 1 GRCh nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen.

Der Umfang des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs des Art. 28 Var. 1 GRCh wird nachfolgend mit Blick auf die zu beantwortende Frage dargestellt: Beeinträchtigt eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung den Schutzbereich des Grundrechts der privaten und staatlichen Tarifvertragsparteien sowie der Arbeitnehmer und Arbeitgeber?²⁴⁷ Daher wird untersucht, ob Art. 28 Var. 1 GRCh private und staatliche Tarifvertragsparteien sowie Arbeitnehmer und Arbeitgeber persönlich schützt und ob der Inhalt von Tarifverträgen geschützt ist.

aa) Persönlicher Schutzbereich

Grundrechtsberechtigte von Art. 28 Var. 1 GRCh sind die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie deren jeweilige Organisationen. Das heißt, dass das in Art. 28 GRCh verbürgte Grundrecht sowohl eine individuelle als auch eine kollektive Dimension hat.²⁴⁸ Die Bedeutung der Begriffe „Arbeitnehmer“, „Arbeitgeber“ und „Organisation“ ist unionsautonom zu bestimmen, da sich der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und

²⁴⁵ Vgl. *Waltermann*, EuZA 2015, 15, 20, nach dem Tarifabschlüsse „fast immer außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts“ liegen.

²⁴⁶ *Jarass*, NVwZ 2012, 457, 460; *Ohler*, NVwZ 2013, 1433, 1435; vgl. *Jarass*, GRCh, Art. 51 GRCh Rn. 23.

²⁴⁷ Zur Beeinträchtigung des Schutzbereichs nachfolgend 2. Teil 4. Kapitel IV. 3. b) cc) (S. 298 ff.).

²⁴⁸ *EuArbR/Schubert*, Art. 28 GRCh Rn. 20; *Däubler/Heuschmid* AKR, § 11 Rn. 31; vgl. *Herresthal*, EuZA 2011, 3, 13, der einen „individualfreiheitlichen Kern“ des Grundrechts ausmacht; a. A. *Calliess/Ruffert/Kreber*, Art. 28 GRCh Rn. 3, dem zufolge Art. 28 GRCh offenlässt, wer Träger des Rechts ist.

Gepflogenheiten nur auf die nachfolgenden Rechte, also den sachlichen Schutzbereich bezieht, unabhängig davon, wie der Verweis genau zu verstehen ist.²⁴⁹ Der persönliche Schutzbereich bleibt von dem Verweis daher unberührt.²⁵⁰

Art. 28 GRCh liegt der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zugrunde, sodass auch die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes geschützt sind.²⁵¹ Arbeitgeber ist wiederum, wer Arbeitnehmer beschäftigt.²⁵²

Unter einer „Organisation“ i. S. d. Art. 28 GRCh ist jede Koalition von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern zu verstehen.²⁵³ Sie muss gegnerunabhängig sein, da Art. 28 GRCh nur die „jeweiligen Organisationen“ der Arbeitgeber und Arbeitnehmer schützt.²⁵⁴ Gemeint ist also eine Organisation von Arbeitnehmern oder eine Organisation von Arbeitgebern, nicht aber eine Mischform. Eine Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberkoalition muss außerdem ähnliche Voraussetzungen wie eine Vereinigung i. S. d. Art. 12 GRCh erfüllen, da die unionsrechtliche Tarifautonomie eine Ausprägung der Vereinigungsfreiheit ist.²⁵⁵ Notwendig ist daher ein freiwilliger Zusammenschluss von Personen,²⁵⁶ sodass Zwangszusammenschlüsse wie Kammern nicht vom Schutzbereich umfasst sind.²⁵⁷ Der freiwillige Zusammenschluss muss dabei über ein Mindestmaß an zeitlicher und organisatorischer Stabilität verfügen.²⁵⁸ Es muss außerdem ein Mindestmaß interner Willensbildung erfolgen.²⁵⁹

Art. 28 GRCh schützt hingegen keine staatlichen oder staatlich beherrschten Arbeitgeber und Arbeitgeberverbände.²⁶⁰ Zur Grundrechtsberechtigung staatlich

²⁴⁹ Thüsing/Traut, RdA 2012, 65, 71.

²⁵⁰ A. A. Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 28 GRCh Rn. 3.

²⁵¹ Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 7; Frenz, Hdb. Europarecht 4, Rn. 3726; Thüsing/Traut, RdA 2012, 65, 71; Schlachter, Verbot der Altersdiskriminierung, S. 47; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 17; Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 32 ff.; vgl. Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Holoubek, Art. 28 GRCh Rn. 13; vgl. Jarass, GRCh, Art. 28 Rn. 10; vgl. aber Meyer/Hölscheidt/Hüpers/Reese, Art. 28 GRCh Rn. 26 ff., die den Arbeitnehmerbegriff kontextbezogen auslegen und auch Beamte als geschützt ansehen.

²⁵² Frenz, Hdb. Europarecht 4, Rn. 3731; Jarass, GRCh, Art. 28 Rn. 10; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 19; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Holoubek, Art. 28 GRCh Rn. 14.

²⁵³ EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 20; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Holoubek, Art. 28 GRCh Rn. 15.

²⁵⁴ Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 8; Schlachter, Verbot der Altersdiskriminierung, S. 47; NK-GA/Heuschmid/Lörcher, Art. 28 GRCh Rn. 8; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 21; Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 39.

²⁵⁵ Vgl. EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 20; vgl. dagegen Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 37, der den Begriff der Arbeitnehmerorganisation weit auslegt.

²⁵⁶ Meyer/Bernsdorff, Art. 12 GRCh Rn. 13; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 20.

²⁵⁷ So für Art. 12 GRCh Jarass, GRCh, Art. 12 Rn. 15.

²⁵⁸ Meyer/Bernsdorff, Art. 12 GRCh Rn. 13; Jarass, GRCh, Art. 12 Rn. 14; EuArbR/Schubert, Art. 12 GRCh Rn. 16; vgl. EuArbR/dies., Art. 28 GRCh Rn. 20; vgl. Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Knecht, Art. 12 GRCh Rn. 7.

²⁵⁹ Jarass, GRCh, Art. 12 Rn. 14; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 20.

²⁶⁰ Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 9; Frenz, Hdb. Europarecht 4, Rn. 3736; Jarass, GRCh, Art. 28 Rn. 11; Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 40; EuArbR/Schubert,

beherrschter Unternehmen und juristischer Personen des öffentlichen Rechts musste sich der EuGH bislang nicht äußern.²⁶¹ Richtigerweise ist die Grundrechtsberechtigung in Bezug auf Art. 28 Var. 1 GRCh unabhängig davon abzulehnen, ob staatliche oder staatlich beherrschte Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände grundsätzlich Berechtigte der in der Charta verbürgten Grundrechte sein können.²⁶² Grund dafür ist, dass Art. 28 GRCh einen engen Zusammenhang zu Art. 12 GRCh aufweist, der das Recht gewährleistet, sich „frei mit anderen zusammenzuschließen“.²⁶³ Da der Zusammenschluss freiwillig erfolgt, schützt Art. 12 Abs. 1 GRCh nur private Zusammenschlüsse.²⁶⁴ Als besondere Ausprägung des Art. 12 Abs. 1 GRCh muss für Art. 28 Var. 1 GRCh das gleiche gelten: Staatliche oder staatlich beherrschte Arbeitgeberverbände können sich nicht auf Art. 28 Var. 1 GRCh berufen. Dieses Ergebnis wird durch den Zweck des Art. 28 GRCh unterstrichen, Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihren Organisationen einen Freiraum vor dem Staat zu gewähren, in dem sie ihre Interessenskonflikte selbständig austragen und regeln können.²⁶⁵ Diese Freiheit vor dem Staat kann Art. 28 GRCh dem Staat selbst und den ihm zuzuordnenden Rechtssubjekten nicht gewähren. Das Grundrecht aus Art. 28 Var. 1 GRCh schützt daher in persönlicher Hinsicht keine staatlichen oder staatlich beherrschten Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände.

bb) Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Gewährleistungsgehalt von Art. 28 Var. 1 GRCh ist umstritten. Das Meinungsspektrum reicht von der Auffassung, dass Art. 28 GRCh inhaltsleer und allein der nationalrechtliche Schutz der Tarifautonomie maßgeblich sei, bis zur Ansicht, dass allein die Grundrechtecharta den Schutzbereich bestimme. In einem ersten Schritt wird zunächst *abstrakt* die Frage beantwortet, wonach sich der Inhalt des sachlichen Schutzbereichs von Art. 28 Var. 1 GRCh richtet: allein

Art. 28 GRCh Rn. 21; vgl. dagegen Meyer/Hölscheidt/Hüpers/Reese, Art. 28 GRCh Rn. 33, die die Frage für rein akademischer Natur halten.

²⁶¹ Vgl. Ludwigs/Friedmann, NVwZ 2018, 22, 27.

²⁶² Ausführlich zur Diskussion um juristische Personen des öffentlichen Rechts und öffentliche Unternehmen als Grundrechtsträger EnzEuR Bd. 2/Gundel, § 2 Rn. 25 ff.; gegen eine Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Hatje, Art. 51 GRCh Rn. 7. Das von ihnen angeführte Argument der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber der Hoheitsgewalt wird jedoch durch die Rechtsprechung des EuGH untergraben, die Art. 21 und 47 GRCh in der Rechtssache *Egenberger* (C-414/16) und Art. 31 Abs. 2 GRCh in der Rechtssache *Max-Planck-Gesellschaften zur Förderung der Wissenschaften* (C-684/16) unmittelbare Horizontalwirkung zuerkennt. Können sich Private gegenüber anderen Privaten unmittelbar auf diese Grundrechte berufen, dienen diese Grundrechte auch der Abwehr von Eingriffen durch Private.

²⁶³ Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 5; Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Holoubek, Art. 28 GRCh Rn. 10; Frenz, Hdb. Europarecht 4, Rn. 3723 und Jarass, GRCh, Art. 28 Rn. 5: Art. 28 als Spezialregelung zu Art. 12 GRCh.

²⁶⁴ Meyer/Bernsdorff, Art. 12 GRCh Rn. 13.

²⁶⁵ Frenz, Hdb. Europarecht 4, Rn. 3708, 3732.

nach nationalem Recht, allein nach der Charta oder nach einer Kombination aus nationalem Recht und Charta (unter (1))? In einem zweiten Schritt wird darauf aufbauend *konkret* der Inhalt des sachlichen Schutzbereichs von Art. 28 Var. 1 GRCh mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand beschrieben (unter (2)).

(1) *Schutzbereichsbestimmung nach nationalem Recht oder nach der Charta?*

Der Streit darüber, welches Recht den sachlichen Gewährleistungsgehalt von Art. 28 Var. 1 GRCh bestimmt, entzündet sich daran, dass das Grundrecht „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ gewährleistet ist. Das Verständnis dieses Verweises divergiert erheblich.

(a) „Inhaltsleere“ des Art. 28 GRCh – Schutzbereichsbestimmung allein nach nationalem Recht

Ein Teil der Literatur vertritt die These der Inhaltsleere von Art. 28 GRCh. Die Norm treffe keine Aussage zum Gewährleistungsinhalt, sondern verweise dafür auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften.²⁶⁶ Es sei unwahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten mit der Verabschiedung der Charta die Vielfalt des Tarifvertragsrechts in Europa beschneiden wollten.²⁶⁷ Da der EU nicht die Rechtsetzungskompetenz für das Tarifrecht zustehe²⁶⁸, könne Art. 28 GRCh nicht europarechtlich konkretisiert werden.²⁶⁹ Aus Art. 28 Var. 1 GRCh lasse sich außerdem nicht schlussfolgern, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, irgendeine Form des Rechts auf Kollektivverhandlungen einzuführen oder beizubehalten.²⁷⁰ Aus dieser Auffassung folgt, dass das nationale Recht des jeweiligen Mitgliedstaats den Inhalt der Tarifautonomie gemäß Art. 28 Var. 1 GRCh bestimmt und es somit in der EU 28 unterschiedliche Gewährleistungsgehalte des Art. 28 Var. 1 GRCh gibt.²⁷¹

Gegen diese Sichtweise spricht, dass sie einen uneinheitlichen Grundrechtsstandard in der EU zur Folge hat. Ein solcher gerät mit dem Grundsatz der einheit-

²⁶⁶ Schmitz, JZ 2001, 833, 841; Waltermann, EuZA 2015, 15, 21 f.; Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 28 GRCh Rn. 3 und *ders.*, EuZA 2016, 3, 10 geht sogar davon aus, dass Art. 28 GRCh nicht regelt, wer Träger des Grundrechts ist, also den persönlichen Schutzbereich nicht regelt; vgl. Dorf, JZ 2005, 126, 129 f.; wohl auch Junker, EuZA 2014, 1, 10, nach dem das Recht auf Tarifverhandlungen nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten steht, der Inhalt aber durch Verweisung auf das nationale Recht bestimmt werden soll.

²⁶⁷ Junker, EuZA 2014, 1, 10.

²⁶⁸ A. A. siehe 2. Teil 2. Kapitel C. III. 3. a) (S. 191 f.).

²⁶⁹ Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 28 GRCh Rn. 7.

²⁷⁰ Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 28 GRCh Rn. 3.

²⁷¹ Vgl. Waltermann, EuZA 2015, 15, 21.

lichen Anwendung des Unionsrechts in Konflikt.²⁷² Dass Art. 28 Var. 1 GRCh über einen eigenständigen Schutzbereich verfügt, ergibt sich auch aus Art. 52 Abs. 3, 53 GRCh.²⁷³ Danach darf das Schutzniveau der Charta allgemein nicht hinter dem der EMRK zurückbleiben. Würde sich der sachliche Schutzbereich allein nach nationalem Recht richten, könnte der durch Art. 52 Abs. 3 GRCh gebotene Mindeststandard aus Art. 11 EMRK unterlaufen werden, wenn die im nationalen Recht gewährleistete Tarifautonomie – ggf. nach völkerrechtsfreundlicher Auslegung – nicht zumindest der in der EMRK gewährleisteten und durch die Rechtsprechung des EGMR ausgeformten Tarifautonomie entspricht.²⁷⁴ Schließlich spricht auch die Wesensgehaltsgarantie des Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh dagegen, dass das Grundrecht aus Art. 28 GRCh bloß eine leere Hülle ist.²⁷⁵

(b) Eigenständiger sachlicher Schutzbereich mit Kopplung an nationale Vorschriften zur Durchführung kollektiver Verhandlungen

Sagan ordnet die Verweisung auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten als vorbehaltlose Grundrechtsschranke ein.²⁷⁶ Aufgrund der Formulierung, dass die Tarifverträge „auf den geeigneten Ebenen“ auszuhandeln sind, kommt er zu dem Ergebnis, dass der von Art. 28 Var. 1 GRCh vermittelte Schutz „gemeinschaftsrechtsakzessorisch“ oder „nationalrechtsakzessorisch“ sei, je nachdem auf welcher Ebene die Tarifvertragsverhandlungen stattfänden.²⁷⁷

Die Erläuterungen zu Art. 28 GRCh verweisen für die „geeigneten Ebenen“ auf die Erläuterungen zu Art. 27 GRCh: „Die Bezugnahme auf die geeigneten Ebenen verweist auf die nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen Ebenen, was die europäische Ebene einschließen kann, wenn die Rechtsvorschriften der Union dies vorsehen.“ Nach Auffassung Sagens werden damit die entsprechenden Bestimmungen Inhalt des Grundrechts.²⁷⁸ Das Merkmal „geeignete Ebenen“ koppele den Schutzbereich an die Rechtsvorschriften, die die Durchführung kollektiver Verhandlungen regelten. Der Grundrechtsschutz hänge damit von den gemeinschaftlichen und einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ab. Die fachrechtlichen Vorschriften würden „vergrundrechtlicht“. Der

²⁷² *Brameshuber*, EuZA 2016, 46, 49; NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 28 GRCh Rn. 13; *EuArbR/Schubert*, Art. 28 GRCh Rn. 22.

²⁷³ *EuArbR/Schubert*, Art. 28 GRCh Rn. 23.

²⁷⁴ Vgl. NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 28 GRCh Rn. 13.

²⁷⁵ NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 28 GRCh Rn. 13; vgl. auch *Buchholtz*, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, S. 371, der zufolge es sich nicht mit dem Grundrechtscharakter der Norm verträge, wenn sie gar keinen materiellen Gehalt habe oder dieser nur durch die Mitgliedstaaten definiert werden solle; vgl. *Brameshuber*, EuZA 2016, 46, 49 f.

²⁷⁶ *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 127 ff.

²⁷⁷ *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 68 f.

²⁷⁸ Dazu und zu den nachfolgenden Aussagen *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 68 f.

Schutz kollektiver Verhandlungen nach Art. 28 Var. 1 GRCh reiche nicht weiter als die entsprechenden Rechte im sonstigen Gemeinschaftsrecht und in den betreffenden Bestimmungen der Mitgliedstaaten.²⁷⁹

Diese Auffassung ist abzulehnen. Nach den Erläuterungen zu Art. 28, 27 GRCh sollen die „geeigneten Ebenen“ nach dem Unionsrecht oder nach dem nationalen Recht bestimmt werden. Daraus kann nicht gefolgert werden, dass neben den nationalen Vorschriften, die ggf. Aussagen über die geeignete Ebene treffen, alle nationalen Vorschriften zur Durchführung kollektiver Verhandlungen Bestandteil des Schutzbereichs des Art. 28 Var. 1 GRCh werden. Die Erläuterungen zu Art. 28, 27 GRCh verweisen nur für die „geeigneten Ebenen“, nicht für das „Recht, Tarifverträge [...] auszuhandeln“ auf das übrige Unionsrecht und nationale Recht.

(c) Eigenständiger sachlicher Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh mit Ausgestaltungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten

Nach anderer Auffassung enthält Art. 28 Var. 1 GRCh einen eigenständigen sachlichen Schutzbereich, wobei es den Mitgliedstaaten vorbehalten sein soll, diesen auszugestalten.²⁸⁰ Mit dem Wort „Ausgestaltung“ verwendet diese Auffassung einen Begriff, der in der deutschen Grundrechtslehre „auf mannigfaltige Weise gebraucht wird“.²⁸¹ Im Kontext von Art. 28 Var. 1 GRCh ist damit gemeint, dass das nationale Recht den in Art. 28 GRCh enthaltenen eigenständigen sachlichen Schutzbereich konstitutiv ausfüllt.²⁸² Nach der Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten soll sich etwa richten, wie Verhandlungen ablaufen und Verträge geschlossen werden sollen, wie intensiv die Vertragsbindung sein soll, ob Kollektivverträge abdingbar sein und wie sie auf Arbeitsverträge wirken sollen.²⁸³ Den Garantiegehalt des Grundrechts sollen die Ausgestaltungen durch nationales Recht jedoch nicht verkürzen dürfen.²⁸⁴

Diese Auffassung wird dafür kritisiert, die Bezugnahme auf das Unionsrecht und die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in unzutref-

²⁷⁹ Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 70.

²⁸⁰ Rebhahn, in: GS Heinze, S. 649, 654 f.; Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 14; Frenz, Hdb. Europarecht 4, Rn. 3751 f.; Herresthal, EuZA 2011, 3, 16 ff., der gleichzeitig von Ausgestaltung (S. 17) und Beschränkung (S. 18) durch das nationale Recht spricht; Thüsing/Traut, RdA 2012, 65, 69 ff.; Schubert, ZfA 2013, 1, 13 ff.; Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, S. 370 ff., die davon ausgeht, dass Art. 28 GRCh einen verbindlichen Mindestschutzzumfang vorgibt.

²⁸¹ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 302; vgl. etwa Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 13 ff., 494, Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 300 ff. und Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 9 ff.

²⁸² Vgl. Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 114.

²⁸³ Schubert, ZfA 2013, 1, 16; EuArbR/dies., Art. 28 GRCh Rn. 28; vgl. auch Herresthal, EuZA 2011, 3, 18.

²⁸⁴ Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 14.

fender Weise zu verstehen.²⁸⁵ Zwar möge es der deutsche Wortlaut, wonach das Grundrecht „nach“ den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften gewährleistet ist, nahelegen, dass das nationale Recht den Schutzbereich des Art. 28 GRCh ausforme. Allerdings weise der Wortlaut in anderen Sprachfassungen in eine andere Richtung.²⁸⁶ Danach wird das Grundrecht „in Übereinstimmung mit“ den nationalen Rechtsvorschriften gewährleistet.²⁸⁷ Neben den nationalen Rechtsvorschriften verweist Art. 28 GRCh außerdem auf das Unionsrecht. Die EU ist jedoch gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht berechtigt, das Streik- und Aussperrungsrecht zu regeln. Eine Ausgestaltung des Rechts auf kollektive Maßnahmen gemäß Art. 28 Var. 2 GRCh durch das Unionsrecht sei daher nicht denkbar, obwohl sich der angebliche Ausgestaltungsvorbehalt nicht nur auf Art. 28 Var. 1 GRCh, sondern auch auf Art. 28 Var. 2 GRCh bezieht.²⁸⁸ Da Sagan davon ausgeht, dass der Kompetenz-ausschluss gemäß Art. 153 Abs. 4 AEUV auch das Tarifrecht umfasst²⁸⁹, geht seiner Ansicht nach der Verweis auf eine Ausgestaltung durch das Unionsrecht auch für Art. 28 Var. 1 GRCh und damit vollständig ins Leere.

Gegen die Auffassung, der Verweis in Art. 28 GRCh sei ein Ausgestaltungsvorbehalt, wird auch vorgebracht, dass sie mit dem Grundsatz der Einheit des Unionsrechts in Konflikt gerate.²⁹⁰ Diesem Argument ist jedenfalls in der Situation zuzustimmen, in der Art. 28 Var. 1 GRCh auf einen Unionsrechtsakt angewendet wird. Der EuGH hat bereits früh zutreffenderweise erkannt, dass die Einheit des Unionsrechts beeinträchtigt wird, wenn ein Unionsrechtsakt an nationalen Grundrechten gemessen wird, da sich das Schutzniveau in den Mitgliedstaaten unterscheidet.²⁹¹ Auch heute begründet der EuGH den Grundrechtsschutz im Unionsrecht noch damit, dass Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt würden, wenn Handlungen der Union am nationalen Recht gemessen würden, da sich der nationale Grundrechtsschutz unterscheiden könne.²⁹²

Wird ein Unionsrechtsakt nicht an nationalen Grundrechten, sondern an einem Unionsgrundrecht gemessen, dessen Schutzbereich sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheiden soll, wird zwar nicht der Vorrang, aber die Einheit des

²⁸⁵ Ausführlich dazu *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 115 ff.; vgl. auch *Temming*, ZESAR 2008, 231, 240.

²⁸⁶ *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 117 ff.

²⁸⁷ *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 118, siehe auch S. 120 f., wo Sagan darauf hinweist, dass Art. 18 GRCh in der deutschen Sprachfassung die Formulierung „nach Maßgabe“ verwendet, während andere Sprachfassungen die aus Art. 28 GRCh jeweils bekannte Formulierung verwenden.

²⁸⁸ Vgl. *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 122 f.

²⁸⁹ *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 66 f.

²⁹⁰ *Rödl/Callsen*, Kollektive soziale Rechte, S. 60; *Däubler/Heuschmid* AKR, § 11 Rn. 44.

²⁹¹ *EuGH*, Urteil v. 17. 12. 1970 – Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1126 Rn. 3 = NJW 1971, 343.

²⁹² *EuGH*, Urteil v. 26. 2. 2013 – C-399/11 (Melloni), NJW 2013, 1215 Rn. 57 ff.; in *EuGH*, Urteil v. 6. 3. 2014 – C-206/13 (Siragusa), NVwZ 2014, 575 Rn. 31 f. und *EuGH*, Urteil v. 10. 7. 2014 – C-198/13 (Hernández), NZA 2014, 1325 Rn. 47 bezieht der EuGH die Aussage auch auf Handlungen der Mitgliedstaaten bei Durchführung des Unionsrechts.

Unionsrechts beeinträchtigt. Aufgrund der Einheit des Unionsrechts muss etwa einheitlich für alle Mitgliedstaaten der EU beurteilt werden, ob ein Sekundärrechtsakt ein Unionsgrundrecht verletzt. Auch für das Verhältnis von Art. 288 Abs. 3 AEUV zu Art. 28 Var. 1 GRCh gilt: Es muss wegen der Einheit des Unionsrechts einheitlich für alle Mitgliedstaaten beantwortet werden, wie Art. 28 Var. 1 GRCh die Auslegung von Art. 288 Abs. 3 AEUV beeinflusst. Auf die Ausgestaltung des Schutzbereichs durch die Mitgliedstaaten kann es im Rahmen dieser Frage nicht ankommen.

Begreift man den Verweis in Art. 28 Var. 1 GRCh als Ausgestaltungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten, kann es wegen der Einheit des Unionsrechts daher jedenfalls für das Verhältnis von Art. 28 Var. 1 GRCh zu Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht auf die nationale Ausgestaltung ankommen. Maßgeblich kann allein der durch Art. 28 Var. 1 GRCh gewährleistete Mindestschutzgehalt sein, da der Uniongesetzgeber den Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh nicht weiter konkretisiert hat.

(d) Bestimmung des Schutzbereichs anhand der Charta

Schließlich wird die Auffassung vertreten, der Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten beziehe sich nicht auf den Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh, sondern auf die Einschränkung des Grundrechts.²⁹³ In diese Richtung seien auch die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Viking Line*²⁹⁴ und *Laval*²⁹⁵ zu verstehen.²⁹⁶ Dort setzt die Große Kammer den Verweis in Art. 28 GRCh in direkten Bezug zu der Aussage, dass die Ausübung des Rechts auf Kollektivmaßnahmen bestimmten Beschränkungen unterworfen werden könne.²⁹⁷ Der damalige EuGH-Präsident Skouris bestätigt diese Lesart des Urteils in der Rechtssache *Laval*.²⁹⁸ Art. 28 GRCh bekräftige mit seinem Verweis, dass das Recht auf Kollektivmaßnahmen keinen absoluten Schutz beanspruchen, sondern beschränkt werden könne. Da weder Grundrechte noch Grundfreiheiten schrankenlosen Schutz genossen, müssten sie miteinander in Einklang gebracht werden.

²⁹³ *Schlachter*, Verbot der Altersdiskriminierung, S. 48 f., die sich für einen eigenständigen Mindestgehalt ausspricht und nach der den Mitgliedstaaten zwar ein Ausgestaltungsspielraum verbleiben soll, die Ausgestaltungen aber verhältnismäßig sein müssen; vgl. Meyer/Hölscheidt/*Schwerdtfeger*, Art. 52 GRCh Rn. 16; *Jarass*, GRCh, Art. 28 Rn. 14; vgl. NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 28 GRCh Rn. 14 und *Däubler/Heuschmid* AKR, § 11 Rn. 45, die bzw. der dem Verweis keine eigenständige Bedeutung zumessen bzw. zumisst und von einem eigenständigen in Art. 28 GRCh verbürgten Schutzbereich ausgehen bzw. ausgeht.

²⁹⁴ *EuGH*, Urteil v. 11. 12. 2007 – C-438/05 (*Viking Line*), Slg. 2007, I-10806 = NZA 2008, 124.

²⁹⁵ *EuGH*, Urteil v. 18. 12. 2007 – C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I-11845 = NZA 2008, 159.

²⁹⁶ *Schlachter*, Verbot der Altersdiskriminierung, S. 48 f.

²⁹⁷ *EuGH*, Urteil v. 11. 12. 2007 – C-438/05 (*Viking Line*), Slg. 2007, I-10806 Rn. 44 = NZA 2008, 124; *EuGH*, Urteil v. 18. 12. 2007 – C-341/05 (*Laval*), Slg. 2007, I-11845 Rn. 91 = NZA 2008, 159.

²⁹⁸ *Skouris*, RdA-Beil. 2009, 25, 28.

(e) Ergebnis: Schutzbereichsbestimmung allein anhand der Charta

Die Auffassungen, der sachliche Schutzbereich richte sich nach nationalem Recht, weil Art. 28 GRCh inhaltsleer oder der Schutzbereich über die Formulierung „auf den geeigneten Ebenen“ an das nationale Recht gekoppelt sei, sind abzulehnen. In Bezug auf das Verhältnis von Art. 28 Var. 1 GRCh zu Art. 288 Abs. 3 AEUV unterscheidet sich die Auffassung, die den Verweis als Ausgestaltungsvorbehalt ansieht, im Ergebnis nicht von der Ansicht, die den Verweis als Hinweis auf die Einschränkung des Grundrechts einordnet. Auch, wenn man den Verweis als Ausgestaltungsvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten einordnet, kann es wegen der Einheit des Unionsrechts nicht auf die Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten ankommen, wenn das Verhältnis des Art. 28 Var. 1 GRCh zu einer anderen Unionsrechtsnorm betrachtet wird. Der Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh richtet sich daher für die Zwecke der Untersuchung allein nach der Charta und der bei ihrer Auslegung heranzuziehenden völkerrechtlichen Verträge.

(2) *Inhaltliche Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 28 Var. 1 GRCh für die Zwecke der Untersuchung*

Der Art. 28 Var. 1 GRCh immanente sachliche Schutzbereich umfasst vom Wortlaut ausgehend das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen. Mit „Tarifverträge“ sind nicht Tarifverträge im Sinne des deutschen Begriffsverständnisses gemeint, da andere Sprachfassungen weitergehende Formulierungen verwenden.²⁹⁹ In Anbetracht der anderen Sprachfassungen ist es überzeugender, von „Kollektivverträgen“ zu sprechen.³⁰⁰ Kollektivverträge dienen dazu, die Interessen von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihren Organisationen auszugleichen. Das wird auch aus Art. 28 Var. 2 GRCh deutlich, der für den Fall eines *Interessenkonflikts* das Recht gewährleistet, Maßnahmen zur Verteidigung *der Interessen* zu ergreifen. Kollektivverträge stehen am Ende eines Interessenkonflikts, der mit oder ohne kollektive Maßnahmen geführt werden kann, und regeln daher die Interessen der Arbeitnehmer, Arbeitgeber und ihrer Organisationen.³⁰¹

Der Wortlaut des Art. 28 Var. 1 GRCh benennt zwei geschützte Handlungsformen: das Aushandeln und den Abschluss von Kollektivverträgen. Geschützt sind alle Handlungen, die mit dem Aushandeln und dem Abschluss von Kollektiv-

²⁹⁹ Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 15; Schubert, ZfA 2013, 1, 16; EuArbR/dies., Art. 28 GRCh Rn. 29.

³⁰⁰ Kölner GK-GRCh/Rixen, Art. 28 GRCh Rn. 15; Schubert, ZfA 2013, 1, 16; EuArbR/dies., Art. 28 GRCh Rn. 29.

³⁰¹ Schubert, ZfA 2013, 1, 17; Schlachter, Verbot der Altersdiskriminierung, S. 46; Jarass, GRCh, Art. 28 Rn. 6; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 29; vgl. NK-GA/Heuschmid/Lörcher, Art. 28 GRCh Rn. 16, die auch unternehmerische Entscheidungen oder beschäftigungs-politische Ziele als zulässige Regelungsgegenstände ansehen.

verträgen zusammenhängen.³⁰² Das Recht, Kollektivverträge auszuhandeln und zu schließen, wäre jedoch unvollständig ohne den Schutz des Inhalts der ausgehandelten Vereinbarungen. Damit der Vertragsschluss effektiv geschützt ist, ist es notwendig, den Schutz des ausgehandelten und abgeschlossenen Kollektivvertrags auch auf die Phase nach Vertragsschluss zu erstrecken: Inhaltsänderungen dürfen nur die Kollektivvertragsparteien vornehmen. Art. 28 Var. 1 GRCh wäre entwertet, wenn nicht auch der Bestand des Kollektivvertrags mit dem vereinbarten Vertragsinhalt geschützt wäre.³⁰³

Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 11 EMRK unterstrichen. Gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh haben die Charta-grundrechte mindestens die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die Konventionsgrundrechte, soweit die Charta-grundrechte den Konventionsgrundrechten entsprechen. Voraussetzung für die Inkorporation der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR³⁰⁴ in Art. 28 GRCh ist daher, dass Art. 28 GRCh einem Konventionsgrundrecht „entspricht“.³⁰⁵ Das wird für das Verhältnis von Art. 28 GRCh zu Art. 11 EMRK teilweise in Zweifel gezogen.³⁰⁶ In den Erläuterungen zu Art. 52 GRCh, „die als Anleitung für die Auslegung der Charta verfasst wurden“ und die die Unionsgerichte und die Mitgliedstaaten „gebührend berücksichtigen“ müssen, Art. 52 Abs. 7 GRCh, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV, wird auch nicht Art. 28 GRCh, sondern nur Art. 12 GRCh als ein Art. 11 EMRK entsprechendes Recht genannt. Jedoch ist diese Aufzählung nicht abschließend.³⁰⁷ Ausreichend für eine „Entsprechung“ i. S. d. Art. 52 Abs. 3 GRCh ist, dass die Rechte denselben geschützten Lebensbereich erfassen.³⁰⁸ Das ist für Art. 28 Var. 1 GRCh, der die Tarifautonomie gewährleistet, und Art. 11 EMRK zu bejahen³⁰⁹, der nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Recht auf Kollektivverhandlungen umfasst.³¹⁰ Daher ist der

³⁰² Jarass, GRCh, Art. 28 Rn. 6.

³⁰³ Vgl. BVerfG, Urteil v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. (Tarifeinheitgesetz), BVerfGE 146, 71 Rn. 131 = NZA 2017, 915 zu Art. 9 Abs. 3 GG.

³⁰⁴ Vgl. Erläuterungen zu Art. 52 GRCh.

³⁰⁵ Für einen dynamischen Inhaltstransfer etwa Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 134, Zimmer, AuR 2012, 114, 117, Meyer/Hölscheidt/Schwerdtfeger, Art. 52 GRCh Rn. 59 ff. und Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 12; a. A. Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 52 GRCh Rn. 37: EMRK als „Rechtserkenntnisquelle der Unionsgrundrechte“.

³⁰⁶ Vgl. Junker, EuZA 2014, 1, 9.

³⁰⁷ Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 138; Rödl/Callsen, Kollektive soziale Rechte, S. 62; Brameshuber, EuZA 2016, 46, 51; Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 52 GRCh Rn. 30.

³⁰⁸ Brameshuber, EuZA 2016, 46, 52; Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 13; Schmitz, JZ 2001, 833, 839: „Wortlaute [müssen] auf übereinstimmenden Schutzbereich deuten“; Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 136.

³⁰⁹ Rödl/Callsen, Kollektive soziale Rechte, S. 62 f.; Katerndahl, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, S. 221; vgl. EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 9, 23; für das Streikrecht Sagan, Gemeinschaftsgrundrecht, S. 137 f., Brameshuber, EuZA 2016, 46, 52 und Däubler/Heuschmid AKR, § 11 Rn. 13.

³¹⁰ EGMR, Urteil v. 12. 11. 2008 – 34503/97 (Demir und Baykara) Rn. 154 f.; vgl. EGMR, Urteil v. 9. 7. 2013 – 2330/09 (Sindicatul „Păstorul cel Bun“) Rn. 135.

Schutzbereich des Art. 11 EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR für den Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh maßgeblich.³¹¹

In der Rechtssache Demir und Baykara entschied der EGMR, dass die faktische rückwirkende Aufhebung einer Kollektivvereinbarung durch ein Gericht in das gemäß Art. 11 EMRK geschützte Recht eingreife.³¹² Art. 11 EMRK schützt nach der Rechtsprechung des EGMR also den Bestand von Kollektivvereinbarungen. Über Art. 52 Abs. 3 GRCh wird dieser völkerrechtliche Gewährleistungsgehalt zum Gewährleistungsgehalt des Art. 28 Var. 1 GRCh . Auf diese Weise wird das bereits zuvor beschriebene Auslegungsergebnis gestärkt: Art. 28 Var. 1 GRCh schützt den Bestand und Inhalt geschlossener Kollektivvereinbarungen.³¹³

(3) *Ergebnis: Schutz auch des Bestands und Inhalts von Kollektivverträgen*

Art. 28 Var. 1 GRCh schützt in sachlicher Hinsicht das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen. Dabei ist der Begriff „Tarifverträge“ als „Kollektivverträge“ zu verstehen, die die Interessen von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihren Organisationen ausgleichen. Der Schutz des Vertragsschlusses erstreckt sich auch auf den Bestand und Inhalt des Kollektivvertrags. Nur die Kollektivvertragsparteien dürfen den Vertragsinhalt ändern oder den Vertrag aufheben.

cc) Ergebnis: Keine Beeinträchtigung des Schutzbereichs von Art. 28 Var. 1 GRCh durch angenommene Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Damit eine primärrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen die in Art. 28 Var. 1 GRCh gewährleistete Tarifautonomie beeinträchtigt, muss diese angenommene Pflicht den Schutzbereich des Grundrechts in persönlicher und sachlicher Hinsicht betreffen. Dafür kommt es zunächst darauf an, wozu das Primärrecht die nationalen Gerichte verpflichtet und wo die Grenzen der Pflicht liegen, wenn man annimmt, dass eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen besteht.

Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die nationalen Gerichte, das nationale Recht in einer Weise auszulegen und fortzubilden, die möglichst weitgehend den Richtlinienvorgaben entspricht. Diese Pflicht wird durch die nationalen Auslegungs-

³¹¹ Schubert, ZfA 2013, 1, 14f.; Rödl/Callsen, Kollektive soziale Rechte, S. 63; EuArbR/Schubert, Art. 28 GRCh Rn. 23; vgl. Schlachter, Verbot der Altersdiskriminierung, S. 42; vgl. Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, S. 372 ff.

³¹² EGMR, Urteil v. 12. 11. 2008 – 34503/97 (Demir und Baykara) Rn. 157.

³¹³ Vgl. Rödl/Callsen, Kollektive soziale Rechte, S. 71.

methoden begrenzt, sodass die Pflicht „nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen“ kann.³¹⁴ Außerdem begrenzen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung.³¹⁵ Überträgt man das auf Tarifverträge, würde eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen bedeuten, dass nationale Gerichte Tarifverträge im Rahmen der nationalen Auslegungsmethoden in einer Weise auslegen und fortbilden müssten, die möglichst weitgehend den Richtlinienvorgaben entspricht. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung würde dort enden, wo die nationalen Grenzen der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung erreicht wären.

Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen beträfe in persönlicher Hinsicht die Tarifaufonomie der tarifvertrags-schließenden Parteien, also die der Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und tarifvertragsschließenden Arbeitgeber. Da Art. 28 Var. 1 GRCh keine staatlichen oder staatlich beherrschten Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände schützt, könnte die Tarifaufonomie in dieser Hinsicht nicht beeinträchtigt sein. Ob neben der kollektiven Dimension auch die individuelle Gewährleistung von Art. 28 Var. 1 GRCh betroffen sein könnte, hängt davon ab, wie die Tarifvertragsgeltung im Arbeitsverhältnis legitimiert ist. Ist sie privatautonom legitimiert, käme eine Beeinträchtigung des Grundrechts der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, die an einen von ihrem Arbeitgeberverband geschlossenen Tarifvertrag gebunden sind, in Betracht, soweit es um den normativen Tarifvertragsteil geht. Ist die Tarifvertragsgeltung hingegen heteronom legitimiert, könnte die individuelle Dimension von Art. 28 Var. 1 GRCh nicht betroffen sein.

Die unionsrechtliche Pflicht gibt nur das „Ob“ der richtlinienkonformen Rechtsfindung vor. Für das „Wie“, also die Durchführung verweist sie auf das nationale Recht und die nationale Methodenlehre. Wie ein nationales Gericht seiner unterstellten Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung in Tarifverträgen nachkommen muss, entscheidet die nationale Methodenlehre. Damit entscheidet die nationale Methodenlehre auch maßgeblich über die Grenzen einer richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen, da die angenommene Verpflichtung nur im Rahmen des nach nationalen Auslegungsmethoden Zulässigen besteht. Wie weit die Befugnis eines nationalen Gerichts reichen würde, ein richtlinienkonformes Ergebnis in einem Tarifvertrag herbeizuführen, hinge also davon ab, welche Befugnisse das nationale Recht dem Gericht zugesteht. Die unionsrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsätze wie der Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot spielen demgegenüber nur eine untergeordnete Rolle.

³¹⁴ *EuGH*, Urteil v. 4. 7. 2006 – C-212/04 (Adeneler), Slg. 2006, I-6091 Rn. 110 = NJW 2006, 2465.

³¹⁵ Siehe 1. Teil 2. Kapitel D. V. (S. 89 ff.) zu den Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung.

Allein die Tatsache, *dass* Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden wären, würde nicht dazu führen, dass der sachliche Schutzgehalt des Art. 28 Var. 1 GRCh beeinträchtigt wird – der Schutz des vereinbarten Tarifvertragsinhalts vor staatlicher Abänderung oder Aufhebung. Ob eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen dazu führen würde, dass der vereinbarte Tarifvertragsinhalt abgeändert oder aufgehoben wird, hängt nämlich davon ab, *wie* die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung durchgeführt würde und begrenzt wäre. Es käme also maßgeblich auf die nationale Methodenlehre an. Das Unionsrecht würde nationale Gerichte nicht dazu verpflichten, den vereinbarten Tarifvertragsinhalt abzuändern oder aufzuheben, da das keine Frage des unionsrechtlich geregelten „Ob“, sondern des nationalrechtlich determinierten „Wie“ ist. Eine etwaige primärrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung würde daher nicht den sachlichen Gewährleistungsgehalt von Art. 28 Var. 1 GRCh beeinträchtigen. Aus Art. 28 Var. 1 GRCh folgt daher kein Argument gegen eine unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen.

Auch wenn es das Primärrecht den nationalen Methodenlehren überlässt, wie die etwaig bestehende Pflicht umzusetzen ist, lässt sich aus Art. 28 Var. 1 GRCh auf eine Beschränkung dieser Delegation schließen: Legt man Art. 288 Abs. 3 AEUV im Lichte des Art. 28 Var. 1 GRCh aus, kann Art. 288 Abs. 3 AEUV die nationalen Gerichte, wenn überhaupt, nur insoweit zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen verpflichten, wie dadurch der vereinbarte Tarifvertragsinhalt nicht abgeändert oder aufgehoben wird. Eine etwaige unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung endet dort, wo ein vereinbarter Tarifvertragsinhalt abgeändert oder aufgehoben wird. Damit kann Art. 28 Var. 1 GRCh zwar keine Aussage zur Zulässigkeit der richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung entnommen werden. Besteht diese Pflicht, wird sie aber begrenzt.

*c) Ergebnis: Keine Bedeutung von Art. 28 Var. 1 GRCh
für die Frage nach unionsrechtlicher Pflicht zur richtlinienkonformen
Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen*

Sollte eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV bestehen, steht eine solche Pflicht nicht im Widerspruch zu Art. 28 Var. 1 GRCh. Aus der in Art. 28 Var. 1 GRCh gewährleisteten Tarifautonomie lässt sich daher kein Argument gegen eine primärrechtliche Pflicht gewinnen. Zwar ist der Anwendungsbereich der Charta gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh eröffnet. Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen würde jedoch nicht den sachlichen Schutzbereich des Art. 28 Var. 1 GRCh berühren. Dieser schützt den vereinbarten Tarifvertragsinhalt davor, durch den Staat abgeändert oder aufgehoben zu

werden. Geht man davon aus, dass eine primärrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung besteht, sind die nationalen Gerichte unionsrechtlich nur dazu verpflichtet, diese im Rahmen ihrer nationalen Auslegungsmethoden durchzuführen. Wie weit die nationalen Gerichte dabei gehen müssten und ob sie dabei insbesondere den Inhalt vereinbarter Tarifverträge abändern oder aufheben würden, ist eine Frage der nationalen Methodenlehren, nicht des Unionsrechts. Daher besteht für den Fall, dass nationale Gerichte Tarifverträge aufgrund von Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienkonform auslegen und fortbilden müssen, kein Widerspruch zwischen Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 28 Var. 1 GRCh. Das gilt sowohl für den normativen als auch den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil.

4. Ergebnis: Keine generelle Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen nach Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV

Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Judikative dazu, Richtlinien im Rahmen ihrer Zuständigkeit umzusetzen. Nationale Gerichte sind daher zur richtlinienkonformen Rechtsfindung verpflichtet. Die Reichweite dieser Verpflichtung ergibt sich jedoch nicht unmittelbar aus der Norm. Wortlaut und Telos sprechen dagegen, dass sich die judikative Umsetzungspflicht auch auf Tarifverträge mit privaten Arbeitgeberverbänden oder Arbeitgebern erstreckt. Eine richtlinienkonforme (ergänzende) Auslegung des schuldrechtlichen sowie eine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des normativen Tarifvertragsteils würden dazu führen, dass Richtlinien für die Tarifvertragsparteien verbindlich wären. Das verstößt gegen die im Wortlaut von Art. 288 Abs. 3 AEUV angelegte Verbindlichkeitsgrenze. Danach dürfen Richtlinien nur für den Staat, nicht aber für Private verbindlich sein. Auch die Sicherungsfunktion, die der Judikative bei der Richtlinienumsetzung zukommt, spricht gegen eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung. Im Rahmen der mitgliedstaatlichen Aufgabenverteilung zwischen den Staatsgewalten kommt der Judikative die Aufgabe zu, die Richtlinienumsetzung durch die Legislative und Exekutive abzusichern. Bezugsobjekt der judikativen Umsetzungspflicht sind daher grundsätzlich nur staatliche Rechtsakte, zu denen Tarifverträge nicht zählen. Aus Art. 28 Var. 1 GRCh lassen sich für die Frage, ob Tarifverträge gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, indes keine Schlussfolgerungen ableiten.

Da die systematische Auslegung unergiebig ist und Wortlaut und Telos gegen eine primärrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung sprechen, ist Art. 288 Abs. 3 AEUV keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen zu entnehmen. Das gilt sowohl für den normativen als auch für den schuldrechtlichen Tarifvertragsteil. Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet nationale Gerichte somit nicht, in die Sphäre

einzudringen, in der private Akteure ihre grundrechtlich gewährleistete Autonomie entfalten. Richtlinien beeinträchtigen die Autonomie privater Tarifvertragsparteien daher weder unmittelbar – private Tarifvertragsparteien sind nicht selbst richtliniengebunden – noch mittelbar – nationale Gerichte sind nicht aufgrund ihrer Richtlinienbindung verpflichtet, Tarifverträge richtlinienkonform (ergänzend) auszulegen und fortzubilden. Eine Beeinträchtigung kann allein von den richtlinienumsetzenden Gesetzen ausgehen.

Eine Ausnahme gilt jedoch für Tarifverträge staatlicher Tarifvertragsparteien, wenn die richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt. In dieser Konstellation erfüllt die richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung die Sicherungsfunktion der Judikative und verstößt nicht gegen die im Wortlaut angelegte Verbindlichkeitsgrenze. Nationale Gerichte sichern die Pflicht staatlicher Tarifvertragsparteien ab, richtlinienwidriges Verhalten zu unterlassen. Tarifverträge staatlicher Tarifvertragsparteien sind daher zugunsten der Arbeitnehmerseite richtlinienkonform (ergänzend) auszulegen und fortzubilden. Neben den Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes begrenzt das Verbot der Auslegung *contra legem* diese unionsrechtliche Pflicht. Letzteres verbietet begrifflich jedoch nur die Auslegung entgegen dem „Gesetz“, weshalb im Tarifvertragskontext besser vom Verbot der Auslegung *contra pactum* gesprochen werden sollte. Der damit verbundene Verweis auf die nationalen Methodenlehre³¹⁶ bedeutet, dass die nationalen Maßstäbe der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung die unionsrechtliche Pflicht begrenzen.

V. Ergebnis: Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die mitgliedstaatlichen Gerichte grundsätzlich nicht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Nationale Gerichte müssen dagegen Tarifverträge, die staatliche Tarifvertragsparteien vereinbart haben, zugunsten der Arbeitnehmerseite richtlinienkonform auslegen und fortbilden.

Dieses Auslegungsergebnis zu Art. 288 Abs. 3 AEUV passt auch zu dem zuvor in der Untersuchung gewonnen Befund, dass private Tarifvertragsparteien nicht an Richtlinien gebunden sind. Private Tarifvertragsparteien müssen Richtlinien also nicht beachten. Lässt man die Richtlinienbindung der Gerichte ausreichen, um Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen, „infiziert“ die staatliche Richtlinienbindung das private Regelungswerk gewissermaßen und zieht es in die staatliche Rechtssphäre herüber. Die Richtlinienbindung des Staates darf aber nicht genutzt werden, um die fehlende Richtlinienbindung privater Tarifvertragsparteien zu über-

³¹⁶ Siehe dazu 1. Teil 2. Kapitel D. V. 1. (S. 89 f.).

spielen. Dieser Gedanke liegt auch der beschränkten Grundrechtsbindung der Zivilgerichte in Deutschland zugrunde.³¹⁷ So wie die unmittelbare Drittwirkung deutscher Grundrechte nach herrschender Ansicht unzulässig ist, entfalten Richtlinien eine unzulässige Wirkung gegenüber privaten Tarifvertragsparteien, wenn Tarifverträge richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet werden. Sowohl im Bereich deutscher Grundrechte als auch bei Richtlinien darf aber das Verbot einer bestimmten Wirkweise – unmittelbare Drittwirkung bei den Grundrechten oder Verbindlichkeit von Richtlinien für Private aufgrund richtlinienkonformer Rechtsfindung bei Tarifverträgen – nicht mit dem Hinweis übergangen werden, dass der Staat an die Norm gebunden sei – gemäß Art. 1 Abs. 3 GG oder Art. 288 Abs. 3 AEUV.

Beispielsfall: Nationale Gerichte sind nicht unionsrechtlich verpflichtet, § 8 TV dahingehend richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden, dass A einen Anspruch gegen U auf eine Urlaubsvergütung hat, die dem gewöhnlichen Arbeitsentgelt in Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung entspricht. Es bleibt daher beim richtlinienwidrigen Ergebnis, dass A lediglich ein Urlaubsentgelt i. H. v. 768 € erhält. Eine unionsrechtliche Pflicht, § 8 TV richtlinienkonform auszulegen, würde die Art. 288 Abs. 3 AEUV innewohnende Verbindlichkeitsgrenze verletzen, da Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG zum einen unmittelbar auf § 8 TV einwirken würde. Zum anderen würde eine entsprechende richtlinienkonforme Rechtsfindung einen faktischen Handlungsdruck etwa im Rahmen einer Neuverhandlung des TV erzeugen, eine tarifliche Regelung zu vereinbaren, die die Arbeitnehmer bei der Urlaubsvergütung im Vergleich zur derzeitigen Regelung besserstellt. Dieser faktische Handlungsdruck läuft dem eigentlichen Interesse des AGV Bau zuwider, die Interessen seiner Mitglieder bestmöglich zu vertreten. Deren Interesse entspricht es nicht, die Urlaubsvergütung der Arbeitnehmer zu erhöhen, wenn Kurzarbeitszeiten in den Referenzzeitraum fallen. Zudem würde eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von § 8 TV dem Zweck der judikativen Umsetzungspflicht widersprechen. Die Judikative ist in die Verpflichtung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV einbezogen, um die Richtlinienumsetzung durch Legislative und Exekutive abzusichern. Diese Aufgabe erfüllt ein nationales Gericht nicht, wenn es § 8 TV als Bestandteil eines von Privaten geschlossenen Vertrags richtlinienkonform auslegt oder fortbildet.

Schließt ein staatlicher Arbeitgeberverband oder Arbeitgeber einen Tarifvertrag mit dem Inhalt des TV (S-TV), ändert sich die Situation. Zugunsten der Arbeitnehmerseite ist es unionsrechtlich gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV geboten, § 8 S-TV richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Damit wird Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG zwar gegenüber dem staatlichen Arbeitgeberverband oder Arbeitgeber verbindlich. Als Richtlinienadressat kann sich der Staat jedoch nicht auf die Verbindlichkeitsgrenze berufen. Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG ist für den staatlichen Arbeitgeberverband oder Arbeitgeber ohnehin verbindlich. Zudem kann die Judikative durch richtlinienkonforme Rechtsfindung die Pflicht der Exekutive absichern, richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen, also etwa richtlinienwidrige Tarifverträge abzuschließen. Soweit die richtlinienkonforme Rechtsfindung allein zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt, ist die Verbindlichkeitsgrenze nicht verletzt.

Es ist somit unionsrechtlich gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV geboten, § 8 S-TV zugunsten der Arbeitnehmer richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Richtlinienkonform wäre

³¹⁷ Siehe dazu auf 2. Teil 4. Kapitel A.III.2. (S. 245 ff.).

§ 8 Nr. 4.1 S-TV, wenn das in den letzten sechs Monaten ohne Kurzarbeit geschuldete Gehalt zugrunde gelegt würde. Eine solche richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung scheitert jedoch an den Grenzen der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung.

Die richtlinienkonforme Auslegung kann grundsätzlich darauf aufbauen, dass ein richtlinienkonformes Wortlautverständnis möglich ist. § 8 Nr. 4.1 S-TV lässt sich dahingehend verstehen, dass das Gehalt der letzten sechs Monate unabhängig davon zugrunde zu legen ist, ob der Arbeitgeber es tatsächlich geschuldet hat. Jedoch verpflichtet Art. 288 Abs. 3 AEUV die Gerichte nur bis zur *contra pactum*-Grenze zur richtlinienkonformen Auslegung. Art. 288 Abs. 3 AEUV gebietet es daher nicht, einen von einer staatlichen Tarifvertragspartei abgeschlossenen Tarifvertrag gegen den erklärten Willen der Tarifvertragsparteien zugunsten der Arbeitnehmerseite richtlinienkonform auszulegen. Wie zuvor dargelegt, entspricht es dem Willen der Tarifvertragsparteien, die Urlaubsvergütung allein auf Grundlage tatsächlich geschuldeter Arbeitgeberleistungen zu berechnen.³¹⁸ Diesen Willen der Tarifvertragsparteien achtet das Unionsrecht und verpflichtet nationale Gerichte nicht dazu, den Tarifvertrag entgegen diesem Willen richtlinienkonform auszulegen. Die richtlinienkonforme Auslegung von § 8 Nr. 4.1 S-TV scheitert daher an der *contra pactum*-Grenze.

Es kommt somit einzig eine richtlinienkonforme Fortbildung des § 8 S-TV in Betracht. An deren Ende muss das Ergebnis stehen, dass A eine Urlaubsvergütung erhält, die mindestens dem gewöhnlichen Entgelt in Zeiträumen tatsächlicher Arbeitsleistung entspricht. Dabei begrenzt die nationale Methodenlehre auch die Pflicht zur richtlinienkonformen Fortbildung des § 8 S-TV, da Art. 288 Abs. 3 AEUV nationale Gerichte nicht zur Rechtsfindung *contra pactum* verpflichtet. Gemäß der zur Tarifvertragsfortbildung aufgestellten Prämisse darf § 8 S-TV daher nur fortgebildet werden, wenn es entweder nur eine Möglichkeit der Lückenschließung gibt oder wenn sich aus dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien ergibt, welche von mehreren Möglichkeiten zu wählen ist.³¹⁹

Damit § 8 S-TV fortgebildet werden kann, muss er planwidrig unvollständig sein, also eine Lücke enthalten.³²⁰ Maßstab der Planwidrigkeit ist der gemeinsame Regelungsplan der Tarifvertragsparteien, der sich im Tarifvertrag niedergeschlagen haben muss. Unvollständig ist § 8 S-TV insofern, als dass er für Kurzarbeit anders als für die Saison-Kurzarbeit keine Mindesturlaubsvergütung vorsieht. Es ist jedoch offen, ob das dem gemeinsamen Regelungsplan der Tarifvertragsparteien überhaupt widerspricht.

Saison-Kurzarbeit ist ein speziell insbesondere für das Baugewerbe geschaffenes Instrument, das den Fortbestand von Arbeitsverhältnissen zu sichern hilft, vgl. § 101 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 SGB III. Dass Tarifvertragsparteien des Baugewerbes die Saison-Kurzarbeit in § 8 Nr. 5.1 S-TV berücksichtigen, erscheint vor diesem Hintergrund logisch und sinnvoll. Mit der Regelung stellen sie sicher, dass sich Zeiten des saisonbedingten Arbeitsausfalls nicht stark zu Lasten der Arbeitnehmer auswirken, wenn sie in der Folge Urlaub nehmen. Auch auf die Interessen der Arbeitgeber nimmt die Regelung Rücksicht, indem sie die ersten 90 Ausfallstunden unberücksichtigt lässt. Anders als die Saison-Kurzarbeit ist die gewöhnliche Kurzarbeit branchenmäßig nicht beschränkt und insbesondere nicht speziell für die Baubranche geschaffen worden. Deswegen könnte man annehmen, dass die Tarifvertragsparteien allein den branchentypischen Fall bedacht und nicht absichtlich darauf verzichtet

³¹⁸ Siehe 2. Teil 3. Kapitel A. V. (S. 211 f.).

³¹⁹ Siehe 1. Teil 3. Kapitel C. III. (S. 109).

³²⁰ Siehe 1. Teil 3. Kapitel C. III. (S. 108 f.).

haben, eine Mindesturlausvergütung für Kurzarbeitszeiten zu regeln. Vielmehr könnte es ihrem Plan entsprechen, Zeiten des arbeitgeberbedingten Arbeitsausfalls zumindest teilweise zugunsten der Arbeitnehmer bei der Urlaubsvergütung zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob sie auf Saison-Kurzarbeit oder Kurzarbeit beruhen. Jedoch lässt sich gleichermaßen umgekehrt argumentieren: Die Tarifvertragsparteien haben die Saison-Kurzarbeit geregelt, die gewöhnliche Kurzarbeit hingegen nicht. Darin könnte man eine bewusste Entscheidung der Tarifvertragsparteien erblicken. Es ist daher offen, ob es tatsächlich planwidrig ist, dass die Auswirkungen von Kurzarbeit auf die Urlaubsvergütung nicht ausdrücklich geregelt sind, und der Tarifvertrag somit lückenhaft ist.

Eine richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung scheitert jedenfalls daran, dass mehrere Möglichkeiten der Lückenschließung denkbar sind. Es ist etwa nicht zwingend, dass eine Mindesturlausvergütung für Kurzarbeit wie für die Saison-Kurzarbeit erst ab der 91. Ausfallstunde gezahlt wird, vgl. § 8 Nr. 5.1 S. 2 S-TV. Die Tarifvertragsparteien könnten eine Mindesturlausvergütung auch ab der ersten ausgefallenen Stunde oder jeder anderen beliebigen Stundenzahl vorsehen. Die Fortbildung des TV muss daher unterbleiben, damit die nationalen Gerichte nicht die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie verletzen. Diese Entscheidung der nationalen Methodenlehre respektiert das Unionsrecht, da es die nationalen Gerichte nicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung *contra pactum* verpflichtet.

Auch wenn ein staatlicher Arbeitgeberverband oder Arbeitgeber den TV vereinbart, steht einem Arbeitnehmer, der sich in der Situation von A befindet, somit auf Grundlage des S-TV kein Urlaubsentgelt in richtlinienkonformer Höhe zu. Sowohl die richtlinienkonforme Auslegung des S-TV als auch seine Fortbildung scheitern an den nationalen Rechtsfindungsgrenzen. Gegenüber einem staatlichen Arbeitgeber kann sich ein Arbeitnehmer, der sich in der Situation von A befindet, aber unmittelbar auf Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG berufen. Ihm steht daher gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2003/88/EG ein Urlaubsentgelt i. H. v. 869,57 € zu. Wendet dagegen ein privater Arbeitgeber den S-TV an, bleibt es dabei, dass der Arbeitnehmer lediglich Anspruch auf ein Urlaubsentgelt i. H. v. 768 € hat.

B. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen bei Tarifgeltungserstreckung durch die Exekutive

In Deutschland gelten Tarifverträge in Arbeitsverhältnissen kollektivrechtlich grundsätzlich aufgrund der mitgliedschaftlichen Bindung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG. Diese auf Mitgliedschaft beruhende normative Tarifvertragsgeltung kann die Exekutive auf Außenseiter und anders organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer³²¹ erstrecken. Dazu kann sie zum einen einen Tarifvertrag gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklären, vgl. § 5 Abs. 4 S. 1 TVG. Zum anderen kann sie gemäß § 7 AEntG mit Hilfe einer Rechts-

³²¹ Vgl. dagegen *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 233 ff., nach dem der allgemeinverbindliche Tarifvertrag nur auf nicht bereits anderweitig tarifgebundene Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist.

verordnung bestimmen, dass Tarifverträge bestimmter, in § 4 Abs. 1 AEntG aufgeführter Branchen für Außenseiter und anders organisierte Arbeitnehmer gelten, vgl. § 7 Abs. 1 AEntG. Die Beschränkung auf bestimmte Branchen entfällt, wenn die Erstreckung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, §§ 7a, 4 Abs. 2 AEntG. Während die mitgliedschaftlich begründete Tarifgeltung privatautonom legitimiert ist, ist die Tarifgeltung bei einer Tarifgeltungserstreckung durch die Exekutive aus Sicht der Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer heteronome Rechtsetzung.³²² Sie beruht auf einem Rechtsakt der Exekutive.

Diese Verantwortung der Exekutive für die Tarifvertragsgeltung im Arbeitsverhältnis könnte ein Grund dafür sein, dass Tarifverträge, deren Geltung die Exekutive erstreckt, in größerem Umfang richtlinienkonform auszulegen sind als Tarifverträge, die aufgrund mitgliedschaftlicher Legitimation im Arbeitsverhältnis gelten. Anders als private Tarifvertragsparteien³²³ ist die Exekutive gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden und muss daher richtlinienwidrige Maßnahmen unterlassen. Beantwortet werden soll somit die Frage, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen sind, wenn die Exekutive die Tarifvertragsgeltung auf Außenseiter und anders organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt. Nachfolgend werden die Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG (unter I.) und die Geltungserstreckung kraft Rechtsverordnung (unter II.) getrennt voneinander betrachtet.

I. Gemäß § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann einen Tarifvertrag gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 TVG für allgemeinverbindlich erklären. Er gilt dann in seinem Geltungsbereich auch für die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, § 5 Abs. 4 S. 1 TVG. Bevor untersucht werden kann, ob ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag richtlinienkonform auszulegen ist, werden zunächst die Grundlagen zur Allgemeinverbindlicherklärung dargestellt.

1. Grundlegendes zur Allgemeinverbindlichkeit gemäß § 5 TVG

Dabei soll die Darstellung der Grundlagen keinen umfassenden Überblick über die Allgemeinverbindlicherklärung geben, sondern nur die Grundlagen vermitteln, auf denen aufbauend die Frage beantwortet werden kann, ob allgemeinverbindliche Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen sind.

³²² Höpfner, Tarifgeltung, S. 480 f.; vgl. Sittard, Tarifnormererstreckung, S. 35.

³²³ Siehe dazu näher 2. Teil 2. Kapitel C. (S. 173 ff.).

a) Ablauf und Rollenverteilung bei der Allgemeinverbindlicherklärung

Damit eine Allgemeinverbindlicherklärung erfolgen kann, müssen zunächst die Tarifvertragsparteien die Allgemeinverbindlichkeitserklärung gemeinsam beantragen, § 5 Abs. 1 S. 1 TVG. Anschließend können die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die die Allgemeinverbindlicherklärung betreffen würde, Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen sowie oberste Arbeitsbehörden der Länder, auf deren Bereich sich der Tarifvertrag erstreckt, schriftlich Stellung beziehen, § 5 Abs. 2 TVG. Sie können sich außerdem in der späteren mündlichen und öffentlichen Verhandlung vor dem Tarifausschuss äußern, in dem je drei Vertreter der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer mitwirken, § 5 Abs. 1 S. 1 TVG. Für allgemeinverbindlich darf das Bundesministerium einen Tarifvertrag nur „im Einvernehmen“ mit dem Tarifausschuss erklären, § 5 Abs. 1 S. 1 TVG. Das heißt, der Tarifausschuss muss der Allgemeinverbindlicherklärung zustimmen.³²⁴ Stimmt der Tarifausschuss zu, kann das Bundesministerium den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, § 5 Abs. 1 S. 1 a.E. AEntG. Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „im öffentlichen Interesse geboten erscheint“ verfügt die Exekutive über einen weiten Beurteilungsspielraum.³²⁵ § 5 Abs. 1 S. 2 TVG konkretisiert das „öffentliche Interesse“ mit gesetzlichen Regelbeispielen.³²⁶ Unterschiedlich wird die Struktur der exekutiven Entscheidung beurteilt. Während manche davon ausgehen, dass der Exekutive auf Rechtsfolgenseite noch ein Ermessen zustehe³²⁷, vertreten andere, dass nur einheitlich über das Vorliegen des öffentlichen Interesses und das Ermessen entschieden werden könne³²⁸. Wiederum andere weisen darauf hin, dass es sich nicht um Verwaltungsermessen, sondern normatives Ermessen handele.³²⁹ Das BAG sieht den weiten Beurteilungsspielraum ebenfalls als „Ausprägung des auch mit Rechtsetzungsakten der Exekutive typischerweise verbundenen normativen Ermessens“ an, der „nicht mit verwaltungsrechtlichen Maßstäben gleichgesetzt werden“ könne.³³⁰ Jedenfalls kann die Exekutive den Antrag der Tarifvertragsparteien auch ablehnen, nachdem der Tarifausschuss zugestimmt

³²⁴ JKOS/Oetker, § 6 Rn. 100; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 141; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 53; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 277; BeckOK ArbR/Giesen, § 5 TVG Rn. 22.

³²⁵ BAG, Urteil v. 22. 10. 2003 – 10 AZR 13/03, AP Nr. 16 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung = BAGE 108, 155 unter II. 4. c) der Gründe; BAG, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 126 f. = BAGE 156, 213; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 59; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 115 ff., 172; HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 12.

³²⁶ HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 14; vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 48; vgl. dagegen NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 97, der annimmt, § 5 Abs. 1 S. 2 TVG lenke das Ermessen.

³²⁷ NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 95, der außerdem annimmt, § 5 Abs. 1 S. 2 TVG lenke das Ermessen, Rn. 97; HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 12.

³²⁸ Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 165.

³²⁹ Sittard, Tarifnormerweiterung, S. 164 ff.; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 174; vgl. Schaub/Treber, § 205 Rn. 16.

³³⁰ BAG, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 126 = BAGE 156, 213.

hat, solange sie die Grenzen des ihr zugestandenen Spielraums einhält.³³¹ Inhaltlich ändern kann sie den Tarifvertrag hingegen nicht.³³²

Die Allgemeinverbindlicherklärung ist somit ein eigenständiger staatlicher Rechtsakt des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.³³³ Daran ändert die starke Position der Tarifvertragsparteien nichts, die den Inhalt des Tarifvertrags festlegen und das Verfahren einleiten müssen.³³⁴ Diese starke Position stuft die Entscheidung des Bundesministeriums nicht zu einer bloß unselbständigen Zustimmungserklärung herab.³³⁵

b) Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung

Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung ist umstritten.³³⁶ Früher wurde vertreten, es handle sich um eine Rechtsverordnung³³⁷ oder einen Verwaltungsakt³³⁸. Daneben wurde vertreten, die Allgemeinverbindlicherklärung habe eine Doppelnatur.³³⁹ Sie sei ein Rechtsetzungsakt eigener Art gegenüber den Außenseitern und anders organisierten Arbeitgebern und Arbeitnehmern, und ein Verwaltungsakt gegenüber den Tarifvertragsparteien. Die heute herrschende Ansicht geht für das Verhältnis zu den Außenseitern und den anders organisierten Arbeitgebern und Arbeitnehmern davon aus, dass die Allgemeinverbindlicherklärung ein Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer und staatlicher Regelung ist.³⁴⁰ Die genaue Rechtsnatur kann jedoch dahinstehen. Entscheidend

³³¹ Vgl. *BVerfG*, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, *BVerfGE* 44, 322, 344 = *NJW* 1977, 2255.

³³² *BVerfG*, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, *BVerfGE* 44, 322, 343 = *NJW* 1977, 2255; *BAG*, Urteil v. 3. 7. 2014 – 6 AZR 953/12, *ZInsO* 2014, 2286 Rn. 19; *OVG Nordrhein-Westfalen*, Urteil v. 23. 9. 1983 – 20 A 842/81, *BB* 1984, 723; *NK-GA/Forst*, § 5 TVG Rn. 96; *Däubler/Lakies*, § 5 TVG Rn. 190, 193; *BeckOK ArbR/Giesen*, § 5 TVG Rn. 8.

³³³ *BAG*, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, *NZA-Beilage* 2017, 12 Rn. 138 = *BAGE* 156, 213; vgl. *Höpfner*, *Tarifgeltung*, S. 480; vgl. *Däubler/Lakies*, § 5 TVG Rn. 60; vgl. *ErfK/Franzen*, § 5 TVG Rn. 18.

³³⁴ Vgl. *BVerfG*, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, *BVerfGE* 44, 322, 343 = *NJW* 1977, 2255.

³³⁵ *BVerfG*, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, *BVerfGE* 44, 322, 342 = *NJW* 1977, 2255; *BAG*, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, *NZA-Beilage* 2017, 12 Rn. 153 = *BAGE* 156, 213; *Däubler/Lakies*, § 5 TVG Rn. 60.

³³⁶ Vgl. für einen Überblick *Giesen*, *Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb*, S. 176 f. und *Sittard*, *Tarifnormerweiterung*, S. 8 ff.

³³⁷ *BVerwG*, Urteil v. 6. 6. 1958 – VII CB 187/57, *NJW* 1958, 1794 = *BVerwGE* 7, 82; *Braun/Jöckel*, *DB* 1972, 1338, 1339.

³³⁸ *Nikisch*, *Arbeitsrecht* II, S. 493 ff.

³³⁹ *Nipperdey/Heussner*, in: *Staatsbürger und Staatsgewalt* Bd. I, S. 211, 225 ff.; *Dellmann*, *AuR* 1967, 138, 145 f.; *Hueck/Nipperdey*, *Arbeitsrecht* II/1, S. 659 ff.; noch heute *JKOS/Oetker*, § 6 Rn. 89 und *Wiedemann/Wank*, § 5 TVG Rn. 87.

³⁴⁰ *BVerfG*, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, *BVerfGE* 44, 322, 340 ff. = *NJW* 1977, 2255; *BVerfG*, Beschluss v. 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, *BVerfGE* 55, 7, 20 = *NJW*

ist, dass es sich um einen Rechtsakt der Exekutive handelt, die gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV Adressatin von Richtlinien ist.

c) Keine Teil-Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags

Neben der Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung ist auch umstritten, ob das Bundesministerium stets den gesamten Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären muss oder sich auf einen Teil des Tarifvertrags beschränken kann. Dabei wird zwischen der inhaltlichen „Teilbarkeit“ des Tarifvertrags und der Einschränkung des Geltungsbereichs unterschieden. Da es für eine etwaige richtlinienkonforme Reduktion der Allgemeinverbindlicherklärung auf den richtlinienkonformen Tarifvertragsteil aber nicht darauf ankommt, ob der Geltungsbereich eines Tarifvertrags eingeschränkt werden kann, wird diese Frage nachfolgend außen vor gelassen.

Die überwiegende Auffassung nimmt an, das Bundesministerium könne einen Tarifvertrag auch teilweise für allgemeinverbindlich erklären.³⁴¹ Die partielle Allgemeinverbindlicherklärung wird als „Minus“ gegenüber der Befugnis angesehen, den Antrag vollständig abzulehnen.³⁴² Kann das Ministerium den Antrag vollständig ablehnen, soll es erst recht berechtigt sein, den Tarifvertrag teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären.³⁴³ Außerdem hätten die Tarifvertragsparteien die Regelungen auch in getrennten Tarifverträgen treffen können.³⁴⁴ Es sei ferner denkbar, dass das „öffentliche Interesse“ nur in Bezug auf einen Tarifvertragsteil bestehe.³⁴⁵ Schließlich wird auf das behördliche Ermessen bei der Allgemeinverbindlicherklärung verwiesen.³⁴⁶ Die Gegenansicht lehnt es ab, einen Tarifvertrag nur teilweise

1981, 43; BAG, Urteil v. 24. 1. 1979 – 4 AZR 377/77, AP Nr. 16 zu § 5 TVG = BAGE 31, 241; BAG, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 41 = BAGE 156, 213; BVerwG, Urteil v. 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 Rn. 34 = BVerwGE 136, 75; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 10 f.; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 61; vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 159; HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 5; ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 4; vgl. Kempen/Zachert/Seifert TVG, § 5 TVG Rn. 23; vgl. JKOS/Oetker, § 6 Rn. 89 und Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 87, die von der Doppelnatur der Allgemeinverbindlicherklärung und somit im Verhältnis zu den Tarifvertragsparteien von einem Verwaltungsakt ausgehen.

³⁴¹ Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 135 ff.; JKOS/Oetker, § 6 Rn. 94; NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 100; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 196 f.; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 117 ff.; ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 8.

³⁴² Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 136.

³⁴³ Vgl. NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 100; vgl. Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 197; vgl. ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 8.

³⁴⁴ Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 197; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 119; ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 8.

³⁴⁵ Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 136; JKOS/Oetker, § 6 Rn. 94; ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 8.

³⁴⁶ Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 197.

für allgemeinverbindlich zu erklären.³⁴⁷ Dagegen spreche zum einen der Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 TVG, wonach das Bundesministerium „einen Tarifvertrag“ für allgemeinverbindlich erklären kann.³⁴⁸ Von einer Einschränkung sei nicht die Rede. Zum anderen sei ein Tarifvertrag das Ergebnis eines Interessenausgleichs und stelle Gesamtregelungen auf.³⁴⁹ Aus diesem Zusammenhang könnten einzelne Normen nicht herausgelöst werden, ohne das sorgfältig ausgehandelte System zu stören.³⁵⁰ Sind Teile eines Tarifvertrags hingegen offensichtlich und unzweifelhaft rechtswidrig, soll es möglich sein, nur den übrigen Teil für allgemeinverbindlich zu erklären.³⁵¹ Als zulässig wird eine Teil-Allgemeinverbindlicherklärung außerdem angesehen, wenn die Tarifvertragsparteien nur beantragt haben, den entsprechenden Tarifvertragsteil für allgemeinverbindlich zu erklären.³⁵²

Richtigerweise kann das Bundesministerium einen Tarifvertrag nur in seiner Gänze für allgemeinverbindlich erklären, es sei denn, die Tarifvertragsparteien haben durch einen Antrag auf Teil-Allgemeinverbindlicherklärung ausgedrückt, dass auch einzelne Teile des Tarifvertrags für sich genommen ausgewogene Regeln enthalten. Wank weist zutreffenderweise darauf hin, dass die Möglichkeit, einen Tarifvertrag teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären, im Wortlaut des § 5 TVG nicht angelegt ist.³⁵³ Entscheidend gegen die Befugnis zur Teil-Allgemeinverbindlicherklärung spricht aber der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung. Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung ist es, nicht bloße Mindestarbeitsbedingungen zu schaffen, sondern Arbeitsbedingungen, die für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien *angemessen* sind, auf die Außenseiter zu erstrecken.³⁵⁴ Während sich dieser Zweck nicht aus dem Wortlaut des § 5 TVG ergibt, liegt er der Norm doch zugrunde, wie die Begründung des Regierungsentwurfs zum „Tarifautonomiestärkungsgesetz“ verdeutlicht.³⁵⁵ Die Streichung des vormaligen § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG verankerten 50-Prozent-Quorums begründet die Bundesregierung damit, dass gerade in Gebieten oder Wirtschaftszweigen, in denen der Verbreitungsgrad der Tarifverträge gering und der Organisationsgrad schwach sei, ein besonderes Bedürfnis bestehen könne, eine bedrängte tarifliche Ordnung zu stützen und

³⁴⁷ Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 496 f.; Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 97; vgl. HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 8; vgl. Greiner, in: FS Hoyningen-Huene, S. 103, 111.

³⁴⁸ Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 97.

³⁴⁹ Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 97.

³⁵⁰ Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 97; vgl. Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 496; vgl. so jedenfalls für die Rechtslage vor der Gesetzesänderung im Jahr 2014 HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 8.

³⁵¹ OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 23.9.1983 – 20 A 842/81, BB 1984, 723 f.; Kempen/Zachert/Seifert TVG, § 5 TVG Rn. 44; vgl. Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 198.

³⁵² HWK/Henssler, § 5 TVG Rn. 8.

³⁵³ Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 97.

³⁵⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342 = NJW 1977, 2255; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 97; Höpfner, Tarifgeltung, S. 471; Däubler/Lakies, § 5 TVG Rn. 18; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 17.

³⁵⁵ Zur Beachtlichkeit der Aussage in der Begründung zum Regierungsentwurf vgl. Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 179 ff., 205 f.

damit in diesen Bereichen *angemessene* Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.³⁵⁶ Um angemessene Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, wirken die Tarifvertragsparteien und die Exekutive zusammen. Während die Tarifvertragsparteien für die Angemessenheit der zu erstreckenden Arbeitsbedingungen verantwortlich sind, geht die Geltungserstreckung auf die demokratisch legitimierte Exekutive zurück. Die Tarifgeltung kraft Allgemeinverbindlicherklärung im Arbeitsverhältnis der Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer ruht somit auf zwei Säulen: der Angemessenheit der Regeln, die grundsätzlich nur zwischen den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien gelten, und der demokratisch legitimierten Geltungserstreckung. Dabei ist die Angemessenheit der zu erstreckenden Arbeitsbedingungen auf den Gedanken der Angemessenheitsvermutung³⁵⁷ zurückzuführen, die einem Tarifvertrag innewohnt.³⁵⁸

Erklärt das Ministerium entgegen dem Antrag der Tarifvertragsparteien nur einen Teil des Tarifvertrags für allgemeinverbindlich, bricht eine Säule weg, die die Normgeltung gegenüber den Außenseitern trägt, da nur dem Tarifvertrag insgesamt, nicht aber dem herausgegriffenen Tarifvertragsteil die Angemessenheitsvermutung zukommt. Der Tarifvertrag ist ein Kompromiss beider Parteien, die an manchen Stellen des Tarifvertrags nachgeben, um an anderen Stellen für sie positive Regelungen zu erreichen. Die Möglichkeit, Kompromisse zu finden, um ein ausgewogenes Regelungsnetzwerk zu schaffen, hört jedoch nicht an der Grenze eines Tarifvertragsteils oder Regelungskomplexes auf, sondern erstreckt sich über den gesamten Tarifvertrag. Daher kann das Nachgeben in einem Regelungskomplex durch Vorteile in einem anderen Regelungskomplex kompensiert werden. Somit wohnt nur dem Tarifvertrag in seiner Gesamtheit, nicht aber einem einzelnen Tarifvertragsteil oder Regelungskomplex die Angemessenheitsvermutung inne.³⁵⁹ In dem Moment, in dem der Gesamtzusammenhang des Tarifvertrags aufgebrochen wird, trägt der herausgegriffene Teil nicht mehr die Vermutung in sich, angemessene Regelungen zu enthalten. Das ist der Fall, wenn entgegen dem Antrag der Tarifvertragsparteien lediglich ein Teil des Tarifvertrags für allgemeinverbindlich erklärt wird. Dann kann die Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr ihren Zweck erfüllen, *angemessene* Arbeitsbedingungen auf Außenseiter zu erstrecken. Die Teil-Allgemeinverbindlicherklärung ist auch kein bloßes „Minus“ zur Ablehnung

³⁵⁶ BT-Drs. 18/1558, S. 49.

³⁵⁷ BAG, Urteil v. 20.2.2008 – 4 AZR 64/07, NZA 2008, 946 Rn. 44 = BAGE 126, 75; BVerfG, Urteil v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. (Tarifeinheitgesetz), BVerfGE 146, 71 Rn. 146 = NZA 2017, 915 („Richtigkeitsvermutung“); Creutzfeldt, in: FS Bepler, S. 45, 49 („Vermutung der Angemessenheit“); JKOS/Krause, § 1 Rn. 147 („Richtigkeits- oder Ausgewogenheitsgewähr“); NK-GA/Frieling, § 1 TVG Rn. 5 („Richtigkeitsgewähr“); Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 100ff. („Angemessenheitsvermutung“); kritisch Däubler/Nebe, § 1 TVG Rn. 159 („Richtigkeitschance“); vgl. dagegen Krämer, Richtigkeitsgewähr, S. 79 ff., der nur im Verhältnis der Tarifvertragsparteien untereinander, nicht aber zwischen den jeweiligen Mitgliedern von einer „Richtigkeitsgewähr“ ausgeht.

³⁵⁸ Vgl. HMB/Sittard, Teil 7 Rn. 202, nach dem die „Richtigkeitsgewähr des TVs [...] Grundlage jeder Tarifnormerstreckung ist“.

³⁵⁹ Vgl. BAG, Urteil v. 3.4.2007 – 9 AZR 867/06, NZA 2007, 1045 Rn. 25 = BAGE 122, 64.

des Antrags, sondern ein *aliud*, da nur für den gesamten Tarifvertrag, nicht aber für einen seiner Teile die Vermutung besteht, dass er angemessene Regelungen enthält.

Es steht der Exekutive daher nicht zu, Tarifverträge nur teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären, wenn die Tarifvertragsparteien das nicht ausdrücklich beantragen.

*d) Inhaltliche Maßgeblichkeit des allgemeinverbindlichen
Tarifvertrags im Arbeitsverhältnis der Außenseiter
und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer*

Die im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag festgeschriebenen Rechte und Pflichten ergeben sich für die bislang nicht an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wie für die kraft Mitgliedschaft Tarifgebundenen aus dem Tarifvertrag und nicht aus der Allgemeinverbindlicherklärung. Den früheren Streit zwischen Vertrags- und Gesetzestheorie³⁶⁰ hat das TVG zugunsten der Vertragstheorie entschieden.³⁶¹ Die Allgemeinverbindlicherklärung transformiert die tariflichen Regelungen also nicht in staatliches Recht, das fortan für die Außenseiter maßgeblich ist – so die Gesetzestheorie.³⁶² Vielmehr ist auch für die Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Tarifvertrag maßgeblich. Das wird aus § 5 Abs. 4 S. 1 TVG deutlich.³⁶³ Danach erfassen „die Rechtsnormen des [für allgemeinverbindlich erklärten] Tarifvertrags“ die bislang tarifungebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die Allgemeinverbindlicherklärung erstreckt die normative Tarifgeltung über die beidseitig Tarifgebundenen hinaus und erweitert somit den Kreis der Tarifgebundenen.³⁶⁴

*e) Inhalt der Allgemeinverbindlicherklärung
und Regelungswille der Exekutive*

In der Allgemeinverbindlicherklärung erklärt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, für welchen Geltungsbereich ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wird. Der herrschenden Meinung folgend, die annimmt, dass ein Tarif-

³⁶⁰ Dazu mit Nachweisen *Nipperdey/Heussner*, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. I, S. 211, 212 ff., Wiedemann/Wank (7. Aufl. 2007), § 5 TVG Rn. 32 und *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 12.

³⁶¹ *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, S. 665 f.; Wiedemann/Wank (7. Aufl. 2007), § 5 TVG Rn. 32; *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 12 ff.; *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 493 f.; *Kempfen/Zachert/Seifert* TVG, § 5 TVG Rn. 19.

³⁶² *BAG*, Urteil v. 4. 5. 1977 – 4 AZR 10/76, NJW 1977, 2039 = BAGE 29, 138; *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 13.

³⁶³ *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 13; vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 493 f. und *Kempfen/Zachert/Seifert* TVG, § 5 TVG Rn. 19, die auf § 5 Abs. 5 S. 3 TVG abstellen.

³⁶⁴ *Höpfner*, Tarifgeltung, S. 493.

vertrag auch teilweise für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, führt das Ministerium auch etwaige inhaltliche Einschränkungen oder Einschränkungen des Geltungsbereichs in der Erklärung auf. Gemäß § 5 Abs. 7 S. 2 TVG muss die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverbindlicherklärung außerdem die erfassten Rechtsnormen des Tarifvertrags umfassen. Dazu druckt das Ministerium die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertragsnormen in der Anlage zur im Bundesanzeiger veröffentlichten Allgemeinverbindlicherklärung ab.³⁶⁵

Nach herrschender Auffassung nimmt der Bundesminister³⁶⁶ die von den Koalitionen geschaffene Rechtsordnung mit der Allgemeinverbindlicherklärung in seinen Willen auf.³⁶⁷ Der Geltungsbefehl der tariflichen Normen gehe dann auch von ihm aus.³⁶⁸ Hintergrund der Ausführungen zum Regelungswillen des Bundesministers ist die Kritik, der das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung mit Blick auf das Demokratieprinzip ausgesetzt ist.³⁶⁹ Die Erstreckung der Tarifvertragsgeltung auf die Arbeitsverhältnisse der bislang nicht an den Tarifvertrag Gebundenen muss als staatlicher Rechtsakt demokratisch legitimiert sein,³⁷⁰ denn Bürger dürfen nur einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt sein, die sie auch legitimieren und beeinflussen können.³⁷¹ Das folgt aus dem Demokratieprinzip. Jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt muss auf den Bürger zurückzuführen sein.³⁷² Dazu ist es erforderlich, dass der Geltungsbefehl eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags gegenüber Außenseitern auch vom Bundesarbeitsminister ausgeht, wie es das BVerfG formuliert.³⁷³ Würde der Minister nicht auch den Tarifvertragsinhalt in seinen Regelungswillen aufnehmen, wäre die Geltung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertragsinhalts nicht hinreichend demo-

³⁶⁵ Vgl. etwa die Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für die Elektrohandwerke, BAnz AT 28.07.2016 B2.

³⁶⁶ Bis zur Achten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I 2003, S. 2304) sprach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG die Zuständigkeit dem „Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung“ zu und nicht dem Bundesministerium.

³⁶⁷ BVerfG, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 349 = NJW 1977, 2255; BAG, Urteil v. 5. 3. 1997 – 4 AZR 532/95, NZA 1997, 951, 955 = BAGE 85, 208; BAG, Urteil v. 3. 7. 2014 – 6 AZR 953/12, ZInsO 2014, 2286 Rn. 19; BAG, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 154 = BAGE 156, 213; BVerwG, Urteil v. 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 = BVerwGE 80, 355; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 320.

³⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 349 = NJW 1977, 2255.
³⁶⁹ Zur Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip BVerfG, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 ff. = NJW 1977, 2255.

³⁷⁰ BAG, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 155 = BAGE 156, 213.

³⁷¹ BVerfG, Urteil v. 21. 6. 2016 – 2 BvE 13/13 u. a. (OMT), BVerfGE 142, 123 Rn. 127 = NJW 2016, 2473; dem BVerfG folgend BAG, Beschluss v. 21. 9. 2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 147 = BAGE 156, 213.

³⁷² BVerfG, Urteil v. 21. 6. 2016 – 2 BvE 13/13 u. a. (OMT), BVerfGE 142, 123 Rn. 128 = NJW 2016, 2473.

³⁷³ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 349 = NJW 1977, 2255.

kratisch legitimiert. Nach der Entscheidung des BAG zur Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe muss sich der Minister oder sein Staatssekretär mit der Allgemeinverbindlicherklärung beschäftigen haben, damit diese hinreichend demokratisch legitimiert ist.³⁷⁴

f) Zusammenfassung

Die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein eigenständiger staatlicher Rechtsakt der Exekutive, der die Geltung des Tarifvertrags auf die bislang nicht an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt. In seiner Erklärung gibt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales an, für welchen Geltungsbereich es welche Tarifnormen für allgemeinverbindlich erklärt. Dabei nimmt es die von den Tarifvertragsparteien geschaffene Rechtsordnung in seinen Regelungswillen auf. Dagegen ist die Exekutive nicht berechtigt, den Tarifvertrag nur teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären, wenn die Tarifvertragsparteien das nicht beantragt haben. Nach der Allgemeinverbindlicherklärung ist der Tarifvertrag für die Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer maßgeblich, und nicht der staatliche Rechtsakt.

2. Literatur: Beachtlichkeit von Richtlinien für die Allgemeinverbindlicherklärung

Das deutschsprachige Schrifttum setzt sich vereinzelt mit der Frage auseinander, ob Richtlinien in einem anderen Verhältnis zu allgemeinverbindlichen Tarifverträgen stehen, als sie zu Tarifverträgen stehen, die aufgrund mitgliedschaftlicher Bindung gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG anwendbar sind. Der wesentliche Unterschied zwischen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und solchen, die aufgrund beidseitiger Tarifbindung gelten, wird darin gesehen, dass der Mitgliedstaat bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen für die Tarifwirkung verantwortlich sei.³⁷⁵ Allgemeinverbindliche Tarifverträge seien daher aus Sicht des Unionsrechts wie Gesetze oder andere hoheitliche Akte zu behandeln.³⁷⁶ Die Allgemeinverbindlicherklärung als mitgliedstaatlicher Rechtsakt müsse unterbleiben, wenn der zugrunde liegende Tarifvertrag richtlinienwidrige Bestimmungen enthalte.³⁷⁷ Die

³⁷⁴ Vgl. BAG, Beschluss v. 21.9.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beilage 2017, 12 Rn. 146 ff. = BAGE 156, 213, wonach sich der Minister oder sein Staatssekretär zustimmend mit der Allgemeinverbindlicherklärung befassen müssen.

³⁷⁵ Däubler/Schick, Einl. Rn. 524.

³⁷⁶ Däubler/Schick, Einl. Rn. 524; vgl. Kempen/Zachert/Kocher TVG, Grundl. Rn. 408, die sich für eine unmittelbare Richtlinienwirkung gegenüber für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ausspricht.

³⁷⁷ JKOS/Krause, § 1 Rn. 172.

Allgemeinverbindlicherklärung sei daher anders als von Privaten geschlossene Tarifverträge an Richtlinienvorgaben zu messen.³⁷⁸ Verstöße die Allgemeinverbindlicherklärung gegen das Unionsrecht, sei sie aufgrund dessen Anwendungsvorrang außer Betracht zu lassen.³⁷⁹

3. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung allgemeinverbindlicher Tarifverträge

Bei der richtlinienkonformen Auslegung allgemeinverbindlicher Tarifverträge sind zwei Rechtsakte zu unterscheiden und getrennt voneinander zu beurteilen: der Tarifvertrag und die Allgemeinverbindlicherklärung. Ob der *Tarifvertrag* richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden ist, ist daher getrennt von der Frage zu beantworten, ob die *Allgemeinverbindlicherklärung* richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden ist.

a) Keine richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags

Der Tarifvertrag wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht in staatliches Recht transformiert.³⁸⁰ Er bleibt weiterhin ein privatrechtlicher Vertrag, der nach der Allgemeinverbindlicherklärung auch für die Arbeitsverhältnisse derjenigen maßgeblich ist, die bislang nicht an ihn gebunden waren. Da sich durch die Allgemeinverbindlicherklärung weder die Rechtsnatur des Tarifvertrags noch die beteiligten Vertragsparteien ändern, ändert sich auch an dem zuvor in der Untersuchung begründeten Ergebnis nichts: Tarifverträge, die private Tarifvertragsparteien vereinbart haben, sind nicht richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.³⁸¹ Demgegenüber sind Tarifverträge, an denen staatliche Tarifvertragsparteien beteiligt sind, zugunsten der Arbeitnehmer richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.³⁸²

Beispielsfall: Zusätzlich zu den Ausführungen zum Beispielsfall in der Einleitung³⁸³ sei unterstellt, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales den TV für allgemeinverbindlich erklärt hat. Die Allgemeinverbindlicherklärung ändert in Bezug auf die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von § 8 TV nichts.

³⁷⁸ JKOS/Krause, § 1 Rn. 172 f.

³⁷⁹ Däubler/Schick, Einl. Rn. 524.

³⁸⁰ Siehe zuvor 2. Teil 4. Kapitel B. I. 1. d) (S. 312).

³⁸¹ Siehe dazu 2. Teil 4. Kapitel A. V. (S. 302 ff.); ähnlich für die Grundrechtskontrolle allgemeinverbindlicher Tarifverträgen, Wiedemann/Jacobs, Einl. Rn. 382 ff.

³⁸² Siehe dazu 2. Teil 4. Kapitel A. V. (S. 302 ff.).

³⁸³ Siehe Einleitung A. (S. 29 ff.).

b) Keine automatische Beschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung auf die richtlinienkonformen Tarifnormen

Während sich die Allgemeinverbindlicherklärung „automatisch“ nur auf die wirksamen Tarifvertragsnormen beschränkt und die Geltung unwirksamer Tarifnormen nicht erstreckt³⁸⁴, beschränkt sich die Allgemeinverbindlicherklärung nicht automatisch allein auf die richtlinienkonformen Tarifnormen. Die Auffassung, dass die Allgemeinverbindlicherklärung die Geltung unwirksamer Tarifnormen nicht erstreckt, wird damit begründet, dass die Allgemeinverbindlicherklärung die Unwirksamkeit einer Norm nicht heilen könne.³⁸⁵ Demgegenüber ist eine richtlinienwidrige Tarifnorm nicht unwirksam. Die einzige Folge der Richtlinienwidrigkeit ist, dass die Tarifnorm gegenüber staatlichen Arbeitgebern unanwendbar ist. Das wirkt sich aber nicht auf den Inhalt der Allgemeinverbindlicherklärung aus. Diese erstreckt grundsätzlich auch die Geltung richtlinienwidriger Tarifnormen.

c) Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung

Im Arbeitsverhältnis der Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer richten sich die Rechte und Pflichten nach dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag und nicht nach der Allgemeinverbindlicherklärung selbst. Daher kann eine etwaige richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung nicht dazu führen, dass die im Arbeitsverhältnis anwendbaren tariflichen Regelungen anders zu verstehen sind. Denkbar ist jedoch, dass die Allgemeinverbindlicherklärung im Wege richtlinienkonformer Rechtsfindung auf die richtlinienkonformen Tarifvertragsnormen zu beschränken ist. In diesem Szenario würde die Geltung richtlinienwidriger tariflicher Regelungen nicht mehr auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt. Damit wäre indes keine richtlinienkonforme Tarifvertragsauslegung oder -fortbildung bewirkt, sondern es würden sich lediglich die Rechte und Pflichten ändern, die im Arbeitsverhältnis gelten.

³⁸⁴ NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 71; Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 91, 350; ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 7; Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 90.

³⁸⁵ NK-GA/Forst, § 5 TVG Rn. 71; ErfK/Franzen, § 5 TVG Rn. 7; Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 90; vgl. Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 91.

aa) Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung
der Allgemeinverbindlicherklärung

Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet die Exekutive, richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen. Da die Allgemeinverbindlicherklärung ein staatlicher Rechtsakt ist, muss die Exekutive ein richtlinienwidriges Vorgehen unterlassen, wenn sie einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt. Sie darf daher die Geltung richtlinienwidriger Tarifnormen nicht erstrecken. Gleichzeitig ist sie nicht befugt, nur die richtlinienkonformen Tarifnormen für allgemeinverbindlich zu erklären, da sie nicht ermächtigt ist, einen Tarifvertrag entgegen dem Antrag der Tarifvertragsparteien nur teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären.³⁸⁶

Hat die Exekutive entgegen ihrer Pflicht eine richtlinienwidrige Tarifnorm für allgemeinverbindlich erklärt und kommt es zu einem Gerichtsverfahren, kommt die Richtlinienbindung der Judikative zum Tragen. Auch die Judikative ist gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, Richtlinien bei ihrem Handeln zu beachten und richtlinienwidrige Maßnahmen zu unterlassen. In einem vorangegangenen Abschnitt wurde bereits untersucht, ob sich diese Verpflichtung der Judikative auch auf Tarifverträge erstreckt.³⁸⁷ Die dort gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auf die Frage übertragen, ob Art. 288 Abs. 3 AEUV die Judikative verpflichtet, Richtlinien zu beachten, wenn sie über eine Allgemeinverbindlicherklärung urteilt.

Der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV gibt darauf keine klare Antwort, spricht jedoch auch nicht dagegen. Gegen die richtlinienkonforme Auslegung von *Tarifverträgen* privater Tarifvertragsparteien spricht die dem Normwortlaut zu entnehmende Aussage, dass Richtlinien nur für die Mitgliedstaaten verbindlich sein dürfen.³⁸⁸ Gegenüber Privaten dürfen Richtlinien daher nicht verbindlich sein. Diese Verbindlichkeitsgrenze steht einer richtlinienkonformen Auslegung oder Fortbildung von *Allgemeinverbindlicherklärungen* jedoch nicht im Wege, da die Richtlinie bei einer solchen Auslegung oder Fortbildung nicht unmittelbar auf ein Rechtsverhältnis zwischen Privaten einwirkt.³⁸⁹ Bezugsobjekt ist ein staatlicher Rechtsakt.

Zweck der judikativen Unterlassungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ist es, die Richtlinienumsetzung durch die Legislative und Exekutive abzusichern.³⁹⁰ Eine solche Situation, in der die Sicherungsfunktion der Judikative eingreift, ist die Auslegung oder Fortbildung einer Allgemeinverbindlicherklärung: Die Exekutive muss bei der Allgemeinverbindlicherklärung Richtlinien beachten. Macht sie das nicht, kann und muss die Judikative „sichernd“ eingreifen und auf diese Weise sicherstellen, dass der Mitgliedstaat seine Richtlinienbindung achtet.

³⁸⁶ Siehe 2. Teil 4. Kapitel B. I. 1. c) (S. 309 ff.).

³⁸⁷ Siehe 2. Teil 4. Kapitel A. IV. (S. 253 ff.).

³⁸⁸ Siehe 2. Teil 4. Kapitel A. IV. 1. (S. 253 ff.).

³⁸⁹ Vgl. 2. Teil 4. Kapitel A. IV. 1. b) cc) (S. 271 ff.) zur Verbindlichkeitsgrenze.

³⁹⁰ Siehe 2. Teil 4. Kapitel A. IV. 2. b) (S. 281 f.) zur Sicherungsfunktion der Judikative.

Anders als bei der Frage nach der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen sind bei der richtlinienkonformen Auslegung oder Fortbildung von Allgemeinverbindlicherklärungen keine Grundrechte zu berücksichtigen. Eine etwaige Verpflichtung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV, Allgemeinverbindlicherklärungen richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, berührt keine Grundrechte Privater, da die Allgemeinverbindlicherklärung ein staatlicher Rechtsakt ist.

Während der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV offen ist, sprechen also teleologische Erwägungen entscheidend dafür, dass die Gerichte gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet sind, Allgemeinverbindlicherklärungen richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

bb) Keine praktischen Auswirkungen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung

Praktisch wird eine richtlinienkonforme Rechtsfindung in Bezug auf die Allgemeinverbindlicherklärung jedoch regelmäßig ausscheiden.

Die Allgemeinverbindlicherklärung ist als staatlicher Rechtssetzungsakt nach den für Gesetze geltenden Maßstäben auszulegen.³⁹¹ Damit eine richtlinienkonforme Auslegung der Allgemeinverbindlicherklärung möglich ist, muss daher hinsichtlich der Frage ein Auslegungsspielraum bestehen, welche Tarifnormen die Exekutive für allgemeinverbindlich erklärt. Dieser Auslegungsspielraum wird in aller Regel nicht bestehen, da § 5 Abs. 7 S. 2 TVG die Exekutive verpflichtet, neben der Allgemeinverbindlicherklärung auch die von der Erklärung erfassten Rechtsnormen bekannt zu machen. Um diesem Erfordernis zu genügen, fügt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die von der Allgemeinverbindlicherklärung umfassten Rechtsnormen des Tarifvertrags als Anlage der Erklärung an. Daher bestehen regelmäßig keine Auslegungszweifel hinsichtlich der Reichweite der Allgemeinverbindlicherklärung.

Damit verbleibt die Möglichkeit, die Allgemeinverbindlicherklärung richtlinienkonform auf die Tarifnormen zu reduzieren, die ihrerseits richtlinienkonform sind. Eine solche richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung wird in aller Regel an ihrer Voraussetzung scheitern – der Lücke. Es muss planwidrig sein, dass die Allgemeinverbindlicherklärung auch richtlinienwidrige Tarifregelungen umfasst. An dieser Planwidrigkeit fehlt es regelmäßig unabhängig davon, nach welchem Maßstab der Plan der Exekutive bestimmt wird. Aus einem objektiven Blickwinkel kommt es darauf an, ob dem exekutiven Rechtssetzungsakt zu entnehmen ist, dass die Exekutive lediglich beabsichtigte, den richtlinienkon-

³⁹¹ BAG, Urteil v. 29.9.2010 – 10 AZR 523/09, NZA-RR 2011, 89 Rn. 15; Wiedemann/Wank, § 5 TVG Rn. 197.

formen Tarifvertragsteil für allgemeinverbindlich zu erklären. Anzeichen dafür werden in der Allgemeinverbindlicherklärung regelmäßig fehlen. Auch subjektiv wird sich die Absicht, nur die richtlinienkonformen Tarifnormen für allgemeinverbindlich zu erklären, kaum positiv feststellen lassen. Zwar können sich Anzeichen dafür aus dem Prüfvermerk des Ministeriums ergeben. Da dieser jedoch nicht veröffentlicht wird, kann er nicht herangezogen werden, um den Regelungsplan zu bestimmen. Es kommt allein in Betracht, einen generellen Willen der Exekutive zu vermuten, sich richtlinienkonform zu verhalten. Ein solcher vermuteter genereller Umsetzungswille ist jedoch nicht nur für die Legislative³⁹², sondern auch für die Exekutive abzulehnen. Möchte die Judikative auf die Umsetzungsabsicht der Exekutive abstellen, muss sie diese Absicht positiv feststellen. Selbst wenn man einen vermuteten generellen Umsetzungswillen der Exekutive akzeptiert, setzt sich dieser jedoch nicht gegen den konkreten Regelungswillen durch.³⁹³ Die der Exekutive unterstellte Annahme, dass alle Tarifnormen richtlinienkonform sind, ist eben nur eine Annahme, die gedanklich von der konkreten Regelungsentscheidung zu trennen ist. Dass sich die Annahme der Exekutive als falsch herausstellt, ändert nichts daran, dass die Exekutive bestimmte Tarifnormen, die sie in ihren Regelungswillen aufgenommen hat, für allgemeinverbindlich erklären will. Da das Bundesministerium offenlegt, welche Tarifnormen für allgemeinverbindlich erklärt werden sollen, entspricht es dem konkreten Regelungswillen, eben diese Tarifnormen und nicht nur die richtlinienkonformen für allgemeinverbindlich zu erklären.

Erst recht scheitert eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion der Allgemeinverbindlicherklärung an den Grenzen der Rechtsfindung, die die Gerichte zu beachten haben. Wie erörtert wurde, ist die Exekutive nicht befugt, einen Tarifvertrag entgegen dem Antrag der Tarifvertragsparteien nur teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären.³⁹⁴ Ist die Exekutive bei ihrem Rechtsetzungsakt nicht zur Teil-Allgemeinverbindlicherklärung befugt, kann diese Befugnis auch der Judikative bei der nachgelagerten Kontrolle nicht zustehen. Die Rechtsfindung durch die Judikative kann nicht zu einem Ergebnis führen – Beschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung auf den richtlinienkonformen Tarifvertragsteil –, das die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Instanz nicht herbeizuführen befugt ist. Diese der Rechtsprechungstätigkeit deutscher Gerichte gezogene nationalrechtliche Grenze begrenzt auch die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung, da die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung die nationale Methodenlehre als Grenze anerkennt.³⁹⁵ Das Unionsrecht verpflichtet die nationalen Gerichte nicht, Recht in einer Weise zu sprechen, die mit dem nationalen Recht unvereinbar ist.

³⁹² Dazu 1. Teil 2. Kapitel D. III. 2. (S. 86 ff.).

³⁹³ Dazu für die Legislative 1. Teil 2. Kapitel D. III. 2. (S. 87 f.).

³⁹⁴ Siehe 2. Teil 4. Kapitel B. I. 1. c) (S. 309 ff.).

³⁹⁵ Siehe 1. Teil 2. Kapitel D. V. 1. (S. 89 f.).

Beispielsfall: Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat den TV für allgemeinverbindlich erklärt und dazu diese Bekanntmachung veröffentlicht:

„Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags
für das Baugewerbe (TV)

Vom 7. September 2018

Auf Grund des § 5 Absatz 1 in Verbindung mit den Absätzen 2 und 7 des Tarifvertragsgesetzes, dessen Absatz 1 und Absatz 7 durch Artikel 5 Nummer 1 Buchstabe a und d des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien und im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss der

TV vom 2. Juli 2018

abgeschlossen zwischen dem AGV Bau einerseits, sowie der Gewerkschaft G andererseits,

mit Wirkung vom 2. Juli 2018

mit den unten näher bezeichneten Einschränkungen und dem dort aufgeführten Hinweis für allgemeinverbindlich erklärt.

Geltungsbereich des Tarifvertrags:

räumlich: das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland;

betrieblich: der betriebliche Geltungsbereich ist in der Anlage abgedruckt (§ 1 Absatz 2 des Tarifvertrags);

persönlich: Gewerbliche Arbeitnehmer (Arbeiter), die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausüben.

Die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags ergeht mit folgenden Einschränkungen und Hinweis:

1. Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung auf Antrag

Diese Allgemeinverbindlicherklärung erstreckt sich nicht auf Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen mit Sitz im Inland, die unter einen der in Anhang 2 abgedruckten fachlichen Geltungsbereiche der am 1. Januar 2003 geltenden Mantel- oder Rahmentarifverträge der holz- und kunststoffverarbeitenden Industrie, der Sägeindustrie und übrigen Holzbearbeitung, der Steine- und Erden-Industrie, der Mörtelindustrie, der Transportbetonindustrie, der chemischen oder kunststoffverarbeitenden Industrie oder der Metall- und Elektroindustrie fallen.

[...]

Der Tarifvertrag ist in der Anlage abgedruckt.“³⁹⁶

³⁹⁶ Als Vorlage dient die „Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV)“ vom 7.5.2019, BAnz AT 17.05.2019 B2.

Als Anlage sind die „Rechtsnormen des TV vom 2. 7. 2018“ der Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung beigefügt.

Nationale Gerichte sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, die Allgemeinverbindlicherklärung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Dieses handelte richtlinienwidrig, als es auch den teilweise richtlinienwidrigen § 8 TV für allgemeinverbindlich erklärte.

Nationalen Gerichten ist es jedoch nicht möglich, die Allgemeinverbindlicherklärung im Wege richtlinienkonformer Auslegung oder Fortbildung auf die richtlinienkonformen Tarifnormen zu beschränken. Es besteht kein Auslegungsspielraum bei der Frage, welche Tarifnormen das Bundesministerium für allgemeinverbindlich erklären wollte. Dieses erklärt den „TV vom 2. Juli 2018“ für allgemeinverbindlich. Das wird auch durch die Anlage deutlich. Einschränkungen nimmt es lediglich beim Geltungsbereich vor. Das verdeutlicht, dass es das Bundesministerium beabsichtigte, den Tarifvertrag in seiner Gänze für allgemeinverbindlich zu erklären, ohne dass es dabei eine Rolle spielt, ob einzelne Tarifnormen richtlinienkonform sind. Aufgrund dieser Regelungsabsicht scheidet es auch aus, die Allgemeinverbindlicherklärung im Wege einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion auf die richtlinienkonformen Tarifnormen zu beschränken. Es entspricht dem Plan der Exekutive, den Tarifvertrag ohne Rücksicht auf die Richtlinienkonformität einzelner Regelungen für allgemeinverbindlich zu erklären.

Die Pflicht nationaler Gerichte, die Allgemeinverbindlicherklärung richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, wirkt sich im Beispielsfall also nicht aus, da die Rechtsfindungsgrenzen erreicht sind. Diese Grenzen respektiert das Unionsrecht, indem es nationale Gerichte nicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung *contra legem* verpflichtet. Einem Arbeitnehmer, der nicht mitgliedschaftlich an den TV gebunden ist und sich in der gleichen Situation wie A befindet, steht somit lediglich ein richtlinienwidriges Urlaubsentgelt i. H. v. 768 € zu.

4. Ergebnis: Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung nur der Allgemeinverbindlicherklärung, nicht des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags

Es besteht keine unionsrechtliche Pflicht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden. Die Allgemeinverbindlicherklärung als staatlicher Rechtsakt ist dagegen richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Praktisch wird es jedoch regelmäßig nicht möglich sein, eine Allgemeinverbindlicherklärung richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden, da das Bundesministerium diejenigen Tarifnormen der Allgemeinverbindlicherklärung als Anlage anfügt, die es für allgemeinverbindlich erklärt. Die Allgemeinverbindlicherklärung wird daher regelmäßig weder einen Auslegungsspielraum im Hinblick darauf enthalten, welche Tarifnormen für allgemeinverbindlich erklärt werden sollen, noch wird sie insoweit lückenhaft sein. Eine richtlinienkonforme teleologische Reduktion der Allgemeinverbindlicherklärung scheitert schließlich auch daran, dass es unzulässig ist, einen Tarifvertrag

entgegen dem Antrag der Tarifvertragsparteien nur teilweise für allgemeinverbindlich zu erklären, soweit die Tarifnormen wirksam sind. Diese Grenze der exekutiven Rechtsetzungsmacht muss auch die Judikative bei der nachgelagerten gerichtlichen Kontrolle beachten.

II. Tarifvertragsgeltung kraft Rechtsverordnung (§§ 7, 7a AEntG)

Neben § 5 TVG bietet das AEntG der Exekutive die Möglichkeit, tarifvertragliche Arbeitsbedingungen auf Außenseiter und anders organisierte Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszudehnen. Für deutschem Recht unterfallende Arbeitsverhältnisse steht die Ermächtigung im Vordergrund, Rechtsverordnungen gemäß § 7 und § 7a AEntG zu erlassen. Für Arbeitsverhältnisse, die einem anderen als dem deutschen Arbeitsrechtsstatut unterliegen, ist § 3 S. 1 AEntG bedeutend. Danach sind die Normen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags in der Baubranche (Var. 1) sowie eines Tarifvertrags, für den eine Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG vorliegt (Var. 2), auch auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden, die ausländischen Recht unterliegen. Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitnehmer im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigt wird. Rechtstechnisch funktioniert die Geltungserstreckung auf ausländische Arbeitsverhältnisse, indem die allgemeinverbindlichen Tarifnormen oder die Rechtsverordnungen zu Eingriffsnormen gemäß Art. 9 Rom I-VO im Sinne des internationalen Privatrechts erklärt werden.³⁹⁷

Nachfolgend werden zunächst die Grundlagen des Verordnungserlasses gemäß §§ 7, 7a AEntG dargestellt (unter 1.). Darauf aufbauend wird anschließend untersucht, ob tarifvertragliche Arbeitsbedingungen, deren Geltung auf Grundlage des AEntG erstreckt wurde, richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden sind (unter 2.). Die Situation von Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse ausländischem Recht unterliegen und die nach Deutschland entsendet werden, wird dabei nicht näher betrachtet, da sich insoweit keine Besonderheiten ergeben. Sie sind unter den Voraussetzungen des § 3 AEntG an den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder die Rechtsverordnung gebunden. Ist der Tarifvertrag oder die Rechtsverordnung richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, gilt das auch für die nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer, wenn der Tarifvertrag oder die Rechtsverordnung gemäß § 3 AEntG anwendbar ist.

³⁹⁷ Löwisch/Rieble, TVG, § 5 Rn. 332.

1. Grundlegendes zur Tarifgeltungserstreckung durch Rechtsverordnungen gemäß §§ 7, 7a AEntG

Wie bereits bei der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG soll die Darstellung der Grundlagen auch an dieser Stelle keinen umfassenden Überblick bieten. Es werden vielmehr nur ausgewählte Grundlagen des Verordnungserlasses gemäß §§ 7, 7a AEntG vermittelt, um den Ablauf des Verfahrens und die Rechtsfolgen zu erläutern. Darauf aufbauend wird die Frage nach der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der ursprünglich tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen beantwortet.

a) Ablauf, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechtsverordnungserlasses gemäß §§ 7, 7a AEntG

Das AEntG enthält mit § 7 und § 7a zwei Ermächtigungsgrundlagen, die sich im Ausgangspunkt darin unterscheiden, in welcher Branche eine Rechtsverordnung erlassen werden soll. Das in § 7 AEntG geregelte Verfahren bezieht sich auf die in § 4 Abs. 1 AEntG aufgeführten Branchen. Daneben schuf das Tarifaufstärkungsgesetz³⁹⁸ im Jahr 2014 die Möglichkeit, eine AEntG-Rechtsverordnung auch außerhalb der gesondert im Gesetz aufgeführten Branchen zu erlassen. Dafür wurden § 4 Abs. 2 und § 7a AEntG eingefügt.

Damit das Bundesministerium für Arbeit und Soziales eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG erlassen kann, müssen die Tarifvertragsparteien einen gemeinsamen Antrag stellen, §§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1 AEntG. Inhaltlich verändern darf die Rechtsverordnung den Tarifvertrag nicht.³⁹⁹ Tatbestandsvoraussetzung beider Ermächtigungsgrundlagen ist es, dass es „im öffentlichen Interesse geboten erscheint“, die Tarifvertragsgeltung zu erstrecken, um die in § 1 AEntG aufgeführten Gesetzesziele zu erreichen. Soll die Geltung eines Tarifvertrags einer Branche erstreckt werden, die nicht in § 4 Abs. 1 AEntG genannt ist, muss die Geltungserstreckung außerdem dazu dienen, „insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken“, § 7a Abs. 1 AEntG a. E. Weiterhin unterscheiden sich § 7 und § 7a AEntG dadurch, unter welchen Voraussetzungen sich der Tarifausschuss (§ 5 Abs. 1 S. 1 TVG) mit dem Antrag der Tarifvertragsparteien befassen muss. Nach derzeitiger Gesetzeslage muss sich der Tarifausschuss beim Verordnungserlass gemäß § 7 AEntG nur dann mit dem Antrag befassen, wenn erstmals ein Antrag für einen Tarifvertrag für die Schlacht- und Fleischverarbeitungsbranche gestellt wird, vgl. § 7 Abs. 5 AEntG. Beim Verordnungserlass gemäß § 7a AEntG muss sich der Tarifausschuss demgegenüber mit jedem Antrag befassen. Im Vergleich zu § 5 TVG ist der Einfluss des Tarifausschusses aber in beiden Fällen zu-

³⁹⁸ BGBl. I 2014, S. 1348.

³⁹⁹ HWK/Tillmanns, § 7 AEntG Rn. 3; BeckOK ArbR/Gussen, § 7 AEntG Rn. 8.

rückgedrängt. Eine Rechtsverordnung kann gemäß §§ 7 Abs. 5 S. 3, 7a Abs. 4 S. 3 AEntG auch erlassen werden, wenn nur zwei der sechs Ausschussmitglieder zustimmen. Die Zuständigkeit wechselt dann jedoch vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales zur Bundesregierung. Im Unterschied zu § 5 TVG ist die Geltungserstreckung außerdem auf bestimmte Regelungsgegenstände beschränkt, § 5 AEntG.

Besteht eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG oder ist ein Tarifvertrag des Bauhaupt- oder Baunebengewerbes für allgemeinverbindlich erklärt, sind die Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland, die unter den Geltungsbereich der Rechtsverordnung oder des Tarifvertrags fallen, verpflichtet, mindestens die im Tarifvertrag vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren, § 8 Abs. 1 AEntG.

b) Maßgeblichkeit der Rechtsverordnung im Arbeitsverhältnis der Außenseiter oder anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Während bei der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG anerkannt ist, dass es der Tarifvertrag ist, der die Rechte und Pflichten für die bislang nicht an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitsverhältnisse enthält, besteht beim Erlass einer Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG darüber Streit. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass nicht der Tarifvertrag, sondern die *Rechtsverordnung* für die dem Geltungsbereich des Tarifvertrags unterfallenden Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer maßgeblich ist.⁴⁰⁰ Anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG, die gemäß § 5 Abs. 4 TVG lediglich die Tarifgebundenheit erstreckt, würden die Rechtsnormen des Tarifvertrags durch die Verordnung „zu unmittelbar staatlich geltendem Recht“.⁴⁰¹ Sittard spricht daher von einer „Tarifnormtransformation“ und nicht von einer „Tarifnormerstreckung“.⁴⁰²

Nach der von Sittard vertretenen Gegenauffassung ist für die dem Geltungsbereich des Tarifvertrags unterfallenden Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer der *Tarifvertrag* verbindlich, wenn es eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG gibt.⁴⁰³ Dafür verweist er zunächst auf den Wortlaut der §§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1, 8 Abs. 2 AEntG. Danach sind „die

⁴⁰⁰ BAG, Urteil v. 20.4.2011 – 4 AZR 467/09, NZA 2011, 1105 Rn. 15 ff. = BAGE 138, 1; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 18.12.2008 – OVG 1 B 13.08, SAE 2009, 167 Rn. 45 = OVGE BE 29, 237; Rügen, NZA 2005, 673, 674 f.; Giesen, ZfA 2008, 355, 363; Klebeck/Weninger, SAE 2009, 159, 163; Thüsing/Bayreuther, § 8 AEntG Rn. 1, 34; Däubler/Lakies, § 7 AEntG Rn. 29; BeckOK ArbR/Gussen, § 7 AEntG Rn. 10; vgl. ErfK/Franzen, § 7 AEntG Rn. 3.

⁴⁰¹ BAG, Urteil v. 20.4.2011 – 4 AZR 467/09, NZA 2011, 1105 Rn. 18 = BAGE 138, 1; Däubler/Lakies, § 7 AEntG Rn. 29; BeckOK ArbR/Gussen, § 7 AEntG Rn. 11.

⁴⁰² Sittard, RdA 2013, 301, 303; HMB/ders., Teil 7 Rn. 160.

⁴⁰³ Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 29 f.; ders., NZA 2012, 299, 301; ders., RdA 2013, 301, 303; HMB/ders., Teil 7 Rn. 161.

Rechtsnormen dieses Tarifvertrags“ anzuwenden. Der Arbeitgeber ist außerdem verpflichtet, „einen Tarifvertrag [...], der durch Rechtsverordnung [...] erstreckt wird, [...] einzuhalten“. Jeweils werde nicht auf die Rechtsverordnung, sondern auf den Tarifvertrag abgestellt. Zudem sei es dem Gesetzgeber in erster Linie darum gegangen, den Einfluss des Tarifausschusses zu schmälern, der eine zentrale Rolle bei der Allgemeinverbindlicherklärung spielt. Vom etablierten System der Tarifnormerstreckung sollte jedoch nicht abgewichen werden. Schließlich verweist Sittard auf die Praxis des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, das die Tarifnormen nur im Anhang der Rechtsverordnung aufführt, sie aber nicht unmittelbar zum Bestandteil der Verordnung macht.

Der Gegenauffassung ist zuzugeben, dass man den Wortlaut dahingehend verstehen kann, dass der Tarifvertrag und nicht die Rechtsverordnung für die dem Geltungsbereich unterfallenden Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer maßgeblich ist. In §§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1 AEntG geht es jeweils um die Anwendung der „Rechtsnormen dieses Tarifvertrags“. § 8 Abs. 1 S. 1 AEntG verpflichtet die Arbeitgeber, „die in dem Tarifvertrag [...] vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren“. Daraus folgt jedenfalls, dass der *Inhalt* der tariflichen Rechtsnormen „Anwendung finden“ soll. Damit ist jedoch nicht zwingend eine Aussage darüber verbunden, *wie* die Rechtsnormen des Tarifvertrags „Anwendung finden“ sollen, also über den Geltungsgrund. Darüber trifft der Gesetzeswortlaut keine eindeutige Aussage, sondern es besteht ein Auslegungsspielraum.⁴⁰⁴ In rechtstechnischer Hinsicht sind zwei Möglichkeiten denkbar, den Inhalt der Tarifnormen für anwendbar zu erklären: Zum einen kann der Tarifvertrag selbst Geltungsgrund sein, wobei die Rechtsverordnung ähnlich wie bei § 5 TVG lediglich den Kreis der Tarifgebundenen erweitert. Zum anderen kann aber auch die Rechtsverordnung Geltungsgrund der im Tarifvertrag geregelten Rechte und Pflichten sein.

Aufschluss darüber, wie der Auslegungsspielraum zu nutzen ist, geben die Gesetzesmaterialien. Die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung wurde mit dem „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ im Jahr 1998 in das AEntG aufgenommen.⁴⁰⁵ Dazu fügte das Gesetz einen § 1 Abs. 3a in das AEntG ein. Da § 1 Abs. 3a S. 1 AEntG a.F. im Grundsatz dem heutigen § 7 Abs. 1 AEntG entspricht, ist die Aussage der Materialien zu § 1 Abs. 3a AEntG a.F. auf § 7 Abs. 1 AEntG n.F. übertragbar:

„Die Rechtsverordnung gilt bis zum Zeitpunkt ihrer förmlichen Aufhebung fort; sie ist nicht vom Fortbestand des ihr zugrundeliegenden Tarifvertrages abhängig. Jedoch werden inhaltliche Änderungen des Tarifvertrages oder sein Außerkrafttreten zu einer zeitnahen Anpassung bzw. Aufhebung der Rechtsverordnung Anlaß geben.“⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Vgl. *Ritgen*, NZA 2005, 673, 674f., der den Wortlaut als unklar ansieht; a.A. *Sittard*, NZA 2012, 299, 301.

⁴⁰⁵ BGBl. I 1998, S. 3843, 3851.

⁴⁰⁶ BT-Drs. 14/45, S. 26.

Der erste zitierte Satz sagt für sich genommen nichts über den Geltungsgrund tariflich geregelter Arbeitsbedingungen aus, wenn eine Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 1 AEntG n. F. erlassen wurde. Dass eine Rechtsverordnung nicht außer Kraft tritt, wenn der Tarifvertrag beendet ist, auf den sich die Rechtsverordnung bezieht, ist selbstverständlich. Sollte die Rechtsverordnung automatisch außer Kraft treten, müsste das Gesetz das ausdrücklich anordnen, wie es das TVG für die Allgemeinverbindlichkeit etwa in § 5 Abs. 5 S. 3 TVG macht. Nur weil die Rechtsverordnung fortbesteht, sind die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer aber auch nicht zwingend weiterhin an die ursprünglichen, tariflich geregelten Arbeitsbedingungen gebunden. Das hängt vom Inhalt der Rechtsverordnung und dem Geltungsgrund der ursprünglichen, tariflich geregelten Arbeitsbedingungen ab.

Der zweite zitierte Satz verdeutlicht, dass mit der Fortgeltung der Rechtsverordnung gemeint ist, dass die in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer weiterhin an den ursprünglichen Tarifvertragsinhalt gebunden sind, selbst wenn der Tarifvertrag inhaltlich geändert wurde oder außer Kraft getreten ist. Ansonsten wäre es überflüssig, die Rechtsverordnung zeitnah anzupassen oder aufzuheben. Die Arbeitsverhältnisse können nach einer Änderung oder Aufhebung des Tarifvertrags nur dann weiterhin an dessen ursprünglichen Inhalt gebunden sein, wenn die Rechtsverordnung den Tarifvertragsinhalt aufnimmt und sich die ursprünglich im Tarifvertrag geregelten Rechte und Pflichten aus der Rechtsverordnung ergeben. Die Begründung des Regierungsentwurfs geht also davon aus, dass die Rechtsverordnung nicht nur die Geltung des Tarifvertrags erstreckt, sondern selbst Geltungsgrundlage der ursprünglich im Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen ist. Damit trifft die Begründung des Regierungsentwurfs eine Aussage darüber, wie die Rechtsnormen des Tarifvertrags „Anwendung finden“ i. S. d. § 7 Abs. 1 AEntG, nämlich durch Transformation in staatliches Recht. Diese sogenannte konkrete Normvorstellung⁴⁰⁷ ist für die Auslegung des § 1 Abs. 3a AEntG a. F. und § 7 Abs. 1 AEntG n. F. verbindlich.⁴⁰⁸

Die historische Auslegung beschränkt somit den vom Gesetzeswortlaut eröffneten Auslegungsspielraum hinsichtlich der Geltungsgrundlage der im Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen: Die gemäß § 7 Abs. 1 AEntG erlassene Rechtsverordnung ist für die dem Geltungsbereich des Tarifvertrags unterfallenden Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer maßgeblich.

Das gleiche muss auch für Rechtsverordnungen gemäß § 7a Abs. 1 AEntG gelten. Diese Verordnungsermächtigung hat das Tarifautonomiestärkungsgesetz im Jahr

⁴⁰⁷ Vgl. für den Begriff „Normvorstellungen“ bereits *Larenz*, Methodenlehre, S. 328 ff.

⁴⁰⁸ Vgl. *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, S. 152, 169 f.; vgl. *Höpfner*, RdA 2018, 321, 327; a. A. wohl *BAG*, Urteil v. 20.4.2011 – 4 AZR 467/09, NZA 2011, 1105 Rn. 15 = BAGE 138, 1; „Davon geht auch der Gesetzgeber aus“ (Hervorhebung durch Verfasser).

2014 eingeführt.⁴⁰⁹ Dabei hat der Gesetzgeber keine von § 7 Abs. 1 AEntG abweichenden Vorstellungen bekundet, sondern sich im Gegenteil eng an den Wortlaut des § 7 Abs. 1 AEntG angelehnt. Besteht eine Rechtsverordnung gemäß § 7a AEntG, ist die Geltungsgrundlage der tariflichen Arbeitsbedingungen somit die gleiche wie bei § 7 AEntG – die Rechtsverordnung.

c) Keine Geltung der Rechtsverordnung im bereits kraft Mitgliedschaft an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitsverhältnis

Für Außenseiter und anders organisierte Arbeitnehmer ist somit die Rechtsverordnung die Geltungsgrundlage der tariflichen Arbeitsbedingungen. Offen ist hingegen, ob die Rechtsverordnung auch in Arbeitsverhältnissen maßgeblich ist, die bereits gemäß §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG an denjenigen Tarifvertrag gebunden sind, für den eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG besteht.

Nach § 8 Abs. 1 S. 1 AEntG sind die unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags fallenden Arbeitgeber verpflichtet, „ihren Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mindestens die in dem Tarifvertrag für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren“, wenn ein Tarifvertrag in der Baubranche für allgemeinverbindlich erklärt wurde oder eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG besteht. § 8 Abs. 1 S. 1 AEntG differenziert also nicht zwischen Arbeitnehmern, die bereits an den Tarifvertrag gebunden sind, und solchen, die noch nicht an ihn gebunden sind. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 AEntG kann sich jedoch die „Verpflichtung kraft Tarifbindung nach § 3 des Tarifvertragsgesetzes oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes oder aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a“ ergeben. Das spricht dafür, dass in einem beiderseits tarifgebundenen Arbeitsverhältnis die Tarifnormen zumindest weiterhin normativ gelten und Grundlage von Arbeitsbedingungen sind. Damit ist aber noch keine Aussage darüber getroffen, ob neben den Tarifnormen auch die Rechtsverordnung gilt.

Der Wortlaut der Ermächtigungsgrundlagen §§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1 AEntG verdeutlicht indes, dass in einem beiderseits tarifgebundenen Arbeitsverhältnis neben dem normativ wirkenden Tarifvertrag eine AEntG-Rechtsverordnung nicht gilt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann gemäß §§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1 AEntG durch Rechtsverordnung bestimmen, dass die Rechtsnormen eines Tarifvertrags „auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung finden“. Die Ermächtigungsgrundlagen sind somit in persönlicher Hinsicht beschränkt. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird nicht ermächtigt, auch die bereits an den Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer an den staatlichen

⁴⁰⁹ BGBl. I 2014, S. 1348, 1357.

Rechtsakt der Rechtsverordnung zu binden. Das wird durch den Zusatz „und nicht an ihn gebundenen“ deutlich.

Die Begründung zum Gesetzentwurf, mit dem § 1 Abs. 3a AEntG a. F. als Vorgängernorm des heutigen § 7 AEntG in das AEntG eingefügt wurde, stützt dieses Auslegungsergebnis. In der Begründung heißt es:

„Eine Rechtsverordnung nach Absatz 3a findet mit Rücksicht auf die Tarifaufonomie keine Anwendung auf Arbeitsverhältnisse, deren Parteien tarifgebunden sind. In bezug auf die Verbindlichkeit der einzuhaltenden Arbeitsbedingungen ergibt sich hieraus jedoch kein Unterschied: Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Tarifvertragsgesetzes gelten die Rechtsnormen eines Tarifvertrages zwischen beiderseits Tarifgebundenen unmittelbar und zwingend. Diese rechtliche Bindungswirkung wird für nicht beiderseits Tarifgebundene durch eine Rechtsverordnung nach dem neuen Absatz 3a hergestellt.“⁴¹⁰

Die für diese Aussage maßgebliche Formulierung in § 1 Abs. 3a S. 1 AEntG a. F. ist heute noch in §§ 7 Abs. 1 S. 1, 7a Abs. 1 S. 1 AEntG enthalten: Die Rechtsverordnung kann bestimmen, dass die Tarifnormen „auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden *und nicht an ihn gebundenen* Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung finden.“⁴¹¹

Ein gemäß § 3 TVG tarifgebundenes Arbeitsverhältnis kann daher nicht zusätzlich an eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG gebunden sein, da das AEntG die Exekutive insoweit nicht zum Verordnungserlass ermächtigt. Geltungsgrundlage der tariflichen Arbeitsbedingungen im gemäß § 3 TVG tarifgebundenen Arbeitsverhältnis ist der Tarifvertrag und nicht die Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG.

2. Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Rechtsverordnungen gemäß §§ 7, 7a AEntG

a) *Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der Rechtsverordnungen*

In Rechtsprechung und Wissenschaft wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert, ob tarifliche Regelungen, die kraft Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG gelten, richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Ausgangspunkt der Überlegungen muss sein, sich den Geltungsgrund der tariflichen Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis der Außenseiter und anders organisierten Arbeitnehmer oder Arbeitgeber vor Augen zu führen. Maßgeblich ist die Rechtsverordnung und nicht wie im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG der Tarifvertrag.

⁴¹⁰ BT-Drs. 14/45, S. 26.

⁴¹¹ Hervorhebung durch Verf.

Die Frage nach der richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung der Rechtsverordnungen ist erneut eine Frage der Reichweite von Art. 288 Abs. 3 AEUV und somit eine Auslegungsfrage: Erstreckt sich die Umsetzungsverpflichtung der nationalen Gerichte auf Rechtsverordnungen gemäß dem AEntG?

Auch in Bezug auf Rechtsverordnungen gemäß dem AEntG trifft der Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV keine Aussage. Nach dem Wortlaut ist offen, ob sich die judikative Umsetzungspflicht auf die Rechtsverordnungen erstreckt. Die im Wortlaut verankerte Verbindlichkeitsgrenze, d. h. der Umstand, dass Richtlinien nicht gegenüber Privaten „verbindlich“ sein dürfen, steht der Richtlinienewirkung auf die Rechtsverordnungen jedenfalls nicht entgegen: Die Richtlinie wirkt nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis ein, sondern nur auf die ohnehin im Arbeitsverhältnis geltende Rechtsverordnung, wenn die Rechtsverordnung richtlinienkonform ausgelegt und fortgebildet wird. Auch gegenüber den Tarifvertragsparteien wird keine unzulässige Verbindlichkeit begründet, da die Richtlinie auch nicht unmittelbar auf das Rechtsverhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien einwirkt. Indem das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Rechtsverordnung erlässt, transformiert es die Tarifnormen in staatliches Recht. Somit wirkt die Richtlinie auf staatliches Recht und nicht auf ein Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen ein.

Auf dieses staatliche Recht bezieht sich die der Judikative zukommende Sicherungsfunktion. Zweck der judikativen Umsetzungspflicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV ist es, die Richtlinienumsetzung durch die Legislative und Exekutive abzusichern. Dabei sind Legislative und Exekutive nicht nur verpflichtet, eine Richtlinie durch aktives Tun umzusetzen, sondern sie sind auch verpflichtet, richtlinienwidriges Handeln zu unterlassen. Wenn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Tarifvertrag in staatliches Recht transformiert, indem es eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG erlässt, ist es also an die Unterlassungspflicht gebunden. Das Ministerium muss es unterlassen, richtlinienwidrige Tarifverträge in staatliches Recht zu transformieren. Da das Ministerium beim Erlass der Rechtsverordnung an die Unterlassungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV gebunden ist, ist auch die Judikative verpflichtet, bei späteren Entscheidungen über die Rechtsverordnung sicherzustellen, dass die Verordnung möglichst weitgehend richtlinienkonform ist. Die Sicherungsfunktion der Judikative erfordert es, die Rechtsverordnung richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

Schließlich berührt die richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung der Rechtsverordnung keine Grundrechte der Tarifvertragsparteien, sodass Art. 288 Abs. 3 AEUV nicht aufgrund von Art. 28 Var. 1 GRCh einschränkend auszulegen ist. Bezugsobjekt einer etwaigen Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung ist mit der Rechtsverordnung ein staatlicher Rechtsakt. Zwar ist der Staat nicht für den Inhalt der Rechtsverordnung verantwortlich, sondern die Tarifvertragsparteien verantworten die ursprünglich tarifvertraglich vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen. Doch nimmt der Staat mit der Rechtsverordnung die

Mindestarbeitsbedingungen in seinen Regelungswillen und damit in seinen Verantwortungsbereich auf.

Zusammenfassend ist es nach dem Wortlaut möglich, dass eine unionsrechtliche Pflicht besteht, Rechtsverordnungen gemäß §§ 7, 7a AEntG richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Systematische Erwägungen stehen einer solchen Pflicht nicht entgegen. Entscheidend für eine unionsrechtliche Pflicht, Rechtsverordnungen richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, spricht die Aufgabe, die der Judikative im Rahmen des Art. 288 Abs. 3 AEUV zukommt – sicherzustellen, dass Legislative und Exekutive ihrer Pflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV nachkommen. Rechtsverordnungen, die auf Grundlage der §§ 7, 7a AEntG erlassen wurden, sind daher richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

Damit ist es möglich, dass für bereits gemäß § 3 Abs. 1 TVG tarifgebundene Arbeitnehmer andere Arbeitsbedingungen gelten als für Außenseiter und anders organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber. Das widerspricht zwar dem Gedanken der Rechtsverordnungen gemäß AEntG, die Arbeitsverhältnisse in bestimmten Branchen einheitlichen Mindestarbeitsbedingungen zu unterwerfen. Der Umstand ist aber auf die unterschiedlichen rechtlichen Bindungen zurückzuführen: Gemäß § 3 Abs. 1 TVG tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind an den Tarifvertrag gebunden, während Außenseiter sowie anders organisierte Arbeitnehmer oder Arbeitgeber an die Rechtsverordnung gebunden sind. Dabei unterliegen die jeweiligen Normurheber unterschiedlichen rechtlichen Bindungen: Private Tarifvertragsparteien als Urheber des Tarifvertrags sind anders als der Staat als Urheber der Rechtsverordnung nicht an Richtlinien gebunden.

b) Praktische Auswirkungen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung

Anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung kann sich die Pflicht, Rechtsverordnungen gemäß §§ 7, 7a AEntG richtlinienkonform auszulegen, praktisch auswirken. Als Auslegungsgegenstand kommen dabei die Rechtsverordnung selbst sowie die ihr als Anlage angefügten Rechtsnormen des jeweiligen Tarifvertrags in Betracht. Der Normtext der Rechtsverordnung selbst wird regelmäßig keine potentiell richtlinienwidrigen Bestimmungen enthalten. Der als Anlage angefügte Tarifvertrag ist demgegenüber mit Blick auf Richtlinienvorgaben interessanter. Die Anlage enthält die im Arbeitsverhältnis der Außenseiter und anders organisierten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen. Besteht in den in der Anlage aufgeführten Tarifvertragsnormen ein Auslegungsspielraum, sind die nationalen Gerichte gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, diesen richtlinienkonform zu nutzen.

Während die richtlinienkonforme Auslegung somit geboten und möglich ist, ist es kaum vorstellbar, dass eine in der Anlage zur Rechtsverordnung enthaltene

Tarifnorm, die nach ihrer Auslegung richtlinienwidrig ist, richtlinienkonform fortgebildet wird. Voraussetzung dafür ist, dass die in der Anlage enthaltene Tarifnorm lückenhaft, d. h. planwidrig unvollständig ist. Es müsste daher in der ehemaligen Tarifnorm etwas geregelt oder ungeregelt sein, das der *Verordnungsgeber* nicht regeln bzw. regeln wollte. Wonach diese Vorstellungen des Verordnungsgebers beurteilt werden, hängt vom Maßstab der Planwidrigkeit ab. Doch unabhängig davon, welchen Maßstab man anlegt, wird eine Planwidrigkeit regelmäßig ausscheiden, da der Verordnungsgeber nicht befugt ist, den Tarifvertrag inhaltlich zu verändern. Daher wird er in aller Regel die Tarifnormen nur in der Form erstrecken wollen, in der die Tarifvertragsparteien sie vereinbart haben. Gegenteiliges wird sich in aller Regel weder aus der Verordnung selbst ergeben noch dem Willen des Verordnungsgebers entsprechen.

Beispielsfall: Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat für den TV eine Rechtsverordnung gemäß § 7 Abs. 1 AEntG erlassen:

„Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für das Baugewerbe

Vom 7. September 2018

Auf Grund des § 7 Absatz 1 und 2 in Verbindung mit Absatz 4 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, dessen Absätze 1 und 4 durch Artikel 6 Nummer 6 Buchstabe b und c des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden sind, verordnet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, nachdem es den in den Geltungsbereich dieser Verordnung fallenden Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, den Parteien des Tarifvertrags nach § 1 Absatz 1 dieser Verordnung sowie den Parteien von Tarifverträgen in der Branche mit zumindest teilweise demselben fachlichen Geltungsbereich Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben hat:

§ 1 Zwingende Arbeitsbedingungen

- (1) Die in der Anlage zu dieser Verordnung aufgeführten Rechtsnormen des TV vom 2. Juli 2018, abgeschlossen zwischen dem AGV Bau einerseits, sowie der Gewerkschaft G andererseits, finden auf alle nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung, die unter seinen am 15. September 2018 gültigen Geltungsbereich fallen.

[...]

§ 2 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 15. September 2018 in Kraft und am 31. Dezember 2022 außer Kraft.⁴¹²

In der „Anlage (zu § 1 Absatz 1)“ werden u. a. die Rechtsnormen des TV zur Urlaubsdauer und dem Urlaubsentgelt aufgeführt, § 8 Nr. 1.1, 4.1, 4.2 und 5.1 TV.

⁴¹² Als Vorlage diente die „Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch“ vom 27.3.2019, BAnz AT 29.03.2019 V1.

Nationale Gerichte sind grundsätzlich gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, die Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Mit der Rechtsverordnung hat das Bundesministerium die in der Anlage zur Verordnung abgedruckten § 8 Nr. 1.1, 4.1, 4.2, 5.1 und 5.2 TV in staatliches Recht transformiert.

Zwar kann der Wortlaut in richtlinienkonformer Weise verstanden werden. Jedoch würde eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung die *contra-legem*-Grenze verletzen.⁴¹³ Es sind keine Anzeichen dafür ersichtlich, dass der Verordnungsgeber einen von den Tarifvertragsparteien abweichenden Willen gebildet hat. Die in staatliches Recht transformierten Regelungen zur Urlaubsvergütung können auch nicht richtlinienkonform fortgebildet werden. Dabei sind grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Fortbildung denkbar. Es kommt zum einen in Betracht, die richtlinienwidrige Berechnungsweise der Urlaubsvergütung richtlinienkonform fortzubilden. Zum anderen könnte die Rechtsverordnung auf die richtlinienkonformen Tarifnormen im Wege einer richtlinienkonformen teleologischen Reduktion zu beschränken sein. Beide Varianten, die Rechtsverordnung fortzubilden, scheitern jedoch daran, dass die Verordnung nicht planwidrig unvollständig ist. Weder die richtlinienwidrige Berechnungsweise noch ihre richtlinienwidrige Einbeziehung in die Verordnung widersprechen dem Regelungsplan des Verordnungsgebers. Da das Bundesministerium nicht befugt ist, den Tarifvertrag inhaltlich zu verändern, wird es nicht dem Regelungsplan entsprechen, anstelle der in der Anlage aufgeführten richtlinienwidrigen Berechnungsweise eine richtlinienkonforme zum Verordnungsinhalt zu erheben. Es fehlen außerdem Anzeichen dafür, dass das Bundesministerium allein richtlinienkonforme Tarifnormen in die Verordnung aufnehmen wollte.

Im Beispielsfall hat es daher keine Auswirkungen, dass Verordnungen gemäß § 7 Abs. 1 AEentG richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind. Ist in einem Arbeitsverhältnis die vom Bundesministerium erlassene Rechtsverordnung maßgeblich, erhält ein Arbeitnehmer, der sich in der gleichen Situation wie A befindet, somit lediglich ein Urlaubsentgelt in richtlinienwidriger Höhe von 768 €.

3. Ergebnis: Unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung einer AEentG-Rechtsverordnung

Die deutschen Gerichte sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, gemäß §§ 7, 7a AEentG erlassene Rechtsverordnungen richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Praktisch denkbar ist es, dass die in der Anlage zur Rechtsverordnung aufgenommenen und in staatliches Recht transformierten ehemaligen Tarifnormen richtlinienkonform ausgelegt werden können. Kaum vorstellbar ist hingegen, dass eine richtlinienkonforme Fortbildung des transformierten Tarifinhalts in Betracht kommt.

⁴¹³ Vgl. 2. Teil 4. Kapitel A. V. (S. 304 f.).

III. Ergebnis: Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung bei exekutiver Tarifgeltungserstreckung abhängig vom Auslegungsgegenstand

Die Frage, ob Richtlinien die im Arbeitsverhältnis geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen im Wege richtlinienkonformer Rechtsfindung beeinflussen, wenn die Exekutive die Geltung von Tarifverträgen erstreckt, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Grund dafür ist, dass sich die Geltungsgrundlage der (ursprünglich) tariflich geregelten Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis unterscheidet: Im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG gilt der Tarifvertrag selbst im Arbeitsverhältnis der Außenseiter und der anders organisierten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer. Besteht hingegen eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG, ist in einem solchen Arbeitsverhältnis die staatliche Rechtsverordnung Geltungsgrundlage der ursprünglich tariflich geregelten Arbeitsbedingungen.

Ein von privaten Tarifvertragsparteien geschlossener Tarifvertrag ist nicht richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, wie bereits zuvor in der Untersuchung dargestellt wurde. Daran ändert auch eine Allgemeinverbindlicherklärung nichts. Demgegenüber ist die Allgemeinverbindlicherklärung als staatlicher Rechtsakt grundsätzlich gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Da aber der Tarifvertrag und nicht die Allgemeinverbindlicherklärung Geltungsgrundlage der tariflichen Arbeitsbedingungen im Arbeitsverhältnis der Außenseiter oder anders organisierten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ist, führt der Richtlinien Einfluss auf die Allgemeinverbindlicherklärung nicht dazu, dass die Richtlinie die im Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen beeinflusst.

Eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG ist hingegen als staatlicher Rechtsakt richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Ist ein Arbeitsverhältnis an eine AEntG-Rechtsverordnung gebunden, kann die Richtlinie somit die im Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen beeinflussen.

C. Ergebnis: Keine generelle unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen, unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Allgemeinverbindlicherklärungen und AEntG-Rechtsverordnungen

Nationale Gerichte sind, obwohl sie gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV an Richtlinien gebunden sind, nicht generell verpflichtet, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Die in Art. 288 Abs. 3 AEUV normierte Verbindlichkeitsgrenze, wonach Richtlinien nicht für Private „verbindlich“ sein dürfen, steht einer derartigen Pflicht entgegen. Auch die Sicherungsfunktion, die der Judikative

bei der Richtlinienumsetzung zukommt, – sie sichert die Richtlinienumsetzung durch die Legislative und Exekutive ab – spricht gegen eine solche Pflicht. Eine Ausnahme gilt jedoch für Tarifverträge staatlicher Tarifvertragsparteien, wenn die richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung zugunsten der Arbeitnehmerseite erfolgt. In diesem Fall sichert die Judikative die Richtlinienumsetzung durch die der Exekutive zuzurechnenden staatlichen Tarifvertragspartei ab und verstößt nicht gegen die in Art. 288 Abs. 3 AEUV normierte Verbindlichkeitsgrenze.

Allgemeinverbindlicherklärungen und Rechtsverordnungen, die gemäß §§ 7, 7a AEntG erlassen wurden, sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden. Sie sind jeweils staatliche Rechtsakte, auf die sich die die Judikative treffende Sicherungsfunktion bei der Richtlinienumsetzung bezieht. Gleichzeitig begründet die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Allgemeinverbindlicherklärungen und AEntG-Rechtsverordnungen keine unzulässige Verbindlichkeit der Richtlinie für Private. Jedoch wird die richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung der Allgemeinverbindlicherklärung praktisch regelmäßig ausscheiden. Regelmäßig bestehen weder Zweifel hinsichtlich der Reichweite einer Allgemeinverbindlicherklärung noch wird es planwidrig sein, dass auch eine richtlinienwidrige Tarifnorm für allgemeinverbindlich erklärt wird. Es wird daher nicht in Betracht kommen, die Allgemeinverbindlicherklärung richtlinienkonform teleologisch auf die richtlinienkonformen Tarifnormen zu reduzieren. Bei AEntG-Rechtsverordnungen ist eine richtlinienkonforme Auslegung dagegen denkbar, da die Rechtsverordnung – anders als eine Allgemeinverbindlicherklärung – die Tarifnormen in staatliches Recht transformiert. Eine richtlinienkonforme Fortbildung der Rechtsverordnung wird hingegen in aller Regel ausscheiden. Dazu müsste das Bundesministerium für Arbeit und Soziales etwas anderes geregelt haben, als es regeln wollte, wobei es nicht befugt ist, den Tarifinhalt zu verändern.

Zusammenfassung der wesentlichen Prämissen und Ergebnisse

Ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind, ist eine in Rechtsprechung und Schrifttum offene Frage. Weder der EuGH noch das BAG haben sich dazu bislang positioniert. Das deutsche Schrifttum ist in der Frage gespalten. Bislang wurde auch nicht umfassend monographisch aufgearbeitet, ob nationale Gerichte verpflichtet sind, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen. Diese Forschungslücke schließt die Untersuchung.

Oft lassen sich in Deutschland Widersprüche zwischen Richtlinien und Tarifverträgen im Wege gesetzeskonformer Tarifvertragsauslegung auflösen. Tarifverträge sind nach allgemeiner Auffassung gesetzeskonform auszulegen, während das Gesetz seinerseits richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden ist. Bedeutung erlangt die Forschungsfrage daher in Deutschland, wenn das Gesetz nicht richtlinienkonform ausgelegt oder fortgebildet werden kann. In diesem Fall kommt es entscheidend darauf an, ob nationale Gerichte trotz unzureichender Richtlinienumsetzung durch den Gesetzgeber verpflichtet sind, einen Tarifvertrag richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.

Im ersten Teil der Untersuchung werden die zahlreichen Grundlagenfragen behandelt, die die Forschungsfrage aufwirft. Diese Fragen sind bereits Gegenstand eigenständiger Monographien. Um den Fokus der Untersuchung zu wahren, werden im ersten Teil zum einen lediglich diejenigen Aspekte der Grundlagenfragen beleuchtet, die für die weitere Untersuchung bedeutsam sind. Zum anderen beschränkt sich der erste Teil darauf, die bisherigen Erkenntnisse aus Rechtsprechung und Wissenschaft zusammen zu tragen und zu ordnen, sowie darauf aufbauend Prämissen zu bilden. Auf den im ersten Teil gebildeten Prämissen baut der zweite Teil der Untersuchung auf. Dieser Teil sucht die Forschungsfrage zu beantworten, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind.

1. Teil: Grundlagen der Untersuchung

1. Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten, ein vorgegebenes Ergebnis zu erreichen, Art. 288 Abs. 3 AEUV.¹ Setzt ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht oder unzureichend um, kann sich ein Bürger gegenüber dem Mitgliedstaat nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar auf die Richtlinie berufen, wenn die Richt-

¹ S. 38 f.

linienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist. Die Richtlinie entfaltet dann unmittelbare vertikale Wirkung.² Im Horizontalverhältnis zwischen Bürgern können Richtlinien hingegen nicht unmittelbar wirken.³

2. Nationale Gerichte sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV ab dem Ende der Umsetzungsfrist⁴ verpflichtet, nationale Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.⁵ In Deutschland wird die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung mithilfe einer interpretatorischen Vorrangregel umgesetzt.⁶ Im Auslegungsvorgang sind daher die Auslegungskriterien als absolut vorrangig anzusehen, die zu einem richtlinienkonformen Auslegungsergebnis führen. Kann ein Gesetz nicht richtlinienkonform ausgelegt werden, ist zu prüfen, ob eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich ist. Diese setzt eine Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus. Um die Planwidrigkeit zu begründen, darf dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, sich stets richtlinienkonform verhalten zu wollen.⁷ Eine solche unzulässige Fiktion ist auch unionsrechtlich nicht geboten.⁸ Selbst wenn der gesetzgeberische Wille, mit einem Gesetz eine Richtlinie ordnungsgemäß umzusetzen, positiv festgestellt werden kann, ist der konkrete Regelungswillen des Gesetzgebers gegenüber dem Umsetzungswillen vorrangig.⁹

Grenze der unionsrechtlichen Pflicht, Gesetze richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden, ist das Verbot der Rechtsfindung *contra legem*.¹⁰ Damit erkennt das Unionsrecht die nationale Methodenlehre als Grenze der unionsrechtlichen Verpflichtung an. Die nationalen Gerichte sind somit nur innerhalb der ihnen nach nationaler Methodenlehre zur Verfügung stehenden Rechtsfindungsmöglichkeiten verpflichtet, ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erreichen. Zudem begrenzen die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfindung.¹¹

3. Bei der Tarifvertragsauslegung und -fortbildung gibt es zahlreiche Differenzen, die für die Zwecke der Untersuchung dahinstehen können, da in wesentlichen Punkten weitgehend Einigkeit besteht. Der tatsächliche Wille der Tarifvertragsparteien ist sowohl für die Auslegung des normativen¹² als auch des schuldrechtlichen Teils¹³ maßgeblich. In Bezug auf den normativen Teil kann der tatsächliche

² S. 40 ff.

³ S. 43 ff.

⁴ S. 88 f.

⁵ S. 81 f.

⁶ S. 86.

⁷ S. 86 ff.

⁸ S. 87.

⁹ S. 87 f.

¹⁰ S. 89 f.

¹¹ S. 90.

¹² S. 107.

¹³ S. 108.

Wille jedoch nur berücksichtigt werden, soweit er sich im Tarifvertragswortlaut niedergeschlagen hat.

Ein Tarifvertrag ist fortzubilden oder ergänzend auszulegen, wenn er lückenhaft, d. h. entgegen dem Regelungsplan der Tarifvertragsparteien unvollständig ist.¹⁴ Erweist sich ein Tarifvertrag als lückenhaft, können die Gerichte für Arbeitssachen ein Verfahren jedoch nicht aussetzen.¹⁵ Vielmehr müssen sie eine etwaige Lücke dem Regelungsplan folgend schließen. Bestehen mehrere Möglichkeiten, die Lücke zu schließen, ist die Fortbildung aufgrund der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie jedoch nur zulässig, wenn sich aus dem Regelungsplan ergibt, welche Möglichkeit zu wählen ist.¹⁶

4. Die Rechtsfindung im Primärrecht verfolgt das Ziel, die in den Verträgen verkörperten Wertungen der Mitgliedstaaten zu ermitteln.¹⁷ Auch bei der Rechtsfindung im Primärrecht sollte, wie in der deutschen Methodenlehre üblich, zwischen der Auslegung und der Rechtsfortbildung unterschieden werden.¹⁸ Grenze der Auslegung ist der mögliche Wortsinn der am weitesten reichenden Sprachfassung.¹⁹ Jenseits dieser Grenze beginnt die Rechtsfortbildung. Sie setzt voraus, dass eine Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit besteht.²⁰ Die Rechtsfortbildung darf jedoch keine neuen Kompetenzen der EU schaffen, vgl. Art. 5 Abs. 2 EUV.²¹ Zudem darf eine Rechtsfortbildung nicht die Qualität einer Vertragsänderung erreichen, vgl. Art. 48 EUV.²²

2. Teil: Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen

1. Der EuGH hat sich bislang nicht zu der Frage positioniert, ob Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden sind.²³ Demgegenüber befürworten zwei Generalanwälte eine solche Pflicht. Das BAG lässt es ausdrücklich offen, ob eine Pflicht besteht, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.²⁴ Das deutsche Schrifttum ist in dieser Hinsicht geteilter Meinung.²⁵

¹⁴ S. 108, 111.

¹⁵ S. 110.

¹⁶ S. 109.

¹⁷ S. 112 f.

¹⁸ S. 120 ff.

¹⁹ S. 122 f.

²⁰ S. 124.

²¹ S. 125 ff.

²² S. 126.

²³ S. 131 ff.

²⁴ S. 133 f.

²⁵ S. 136 ff.

2. Nach Auffassung des EuGH müssen Tarifvertragsparteien die RL 2000/78/EG beachten.²⁶ Er nimmt somit an, dass Tarifvertragsparteien an diese Richtlinie gebunden sind und somit richtlinienwidrige Maßnahmen unterlassen müssen.²⁷ Bei anderen Richtlinien formuliert der EuGH vorsichtiger, dass diese Tarifverträgen „entgegenstehen“ können.²⁸ Das BAG übernimmt die inhaltliche Position des EuGH zu RL 2000/78/EG.²⁹ In Bezug auf RL 2003/88/EG lässt es ausdrücklich dahinstehen, ob Tarifvertragsparteien beim Abschluss von Tarifverträgen an die Richtlinie gebunden sind.³⁰ Dagegen geht das BAG in Bezug auf RL 1999/70/EG über die Rechtsprechung des EuGH hinaus und urteilt, dass Tarifvertragsparteien die Ziele der Richtlinie beachten müssten.³¹ Anders als die Rechtsprechung positioniert sich das deutsche Schrifttum weit überwiegend gegen eine Richtlinienbindung von Tarifvertragsparteien.³²

Private Tarifvertragsparteien sind von staatlichen zu unterscheiden.³³ Private Tarifvertragsparteien sind Gewerkschaften sowie Unternehmen und Arbeitgeberverbände, die überwiegend in nichtstaatlicher Hand sind bzw. überwiegend nichtstaatliche Mitglieder haben. Sie sind nicht ausdrücklich gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtliniengebunden.³⁴ Auch im Wege der Fortbildung von Art. 288 Abs. 3 AEUV lässt sich nicht begründen, dass private Tarifvertragsparteien richtliniengebunden sind.³⁵ Es ist einerseits nicht planwidrig, dass private Tarifvertragsparteien nicht richtliniengebunden sind.³⁶ Andererseits würde eine etwaige Rechtsfortbildung die Kompetenzgrenzen der EU überschreiten und ist daher auch aus diesem Grund unzulässig.³⁷

Staatliche Tarifvertragsparteien sind dem Mitgliedstaat zuzurechnen und daher anders als private Tarifvertragsparteien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtliniengebunden.³⁸ Zu staatlichen Tarifvertragsparteien zählen öffentlich-rechtlich organisierte Arbeitgeber sowie privatrechtlich organisierte Arbeitgeber, die überwiegend in staatlicher Hand sind.³⁹ Zudem fallen auch Arbeitgeberverbände, deren Mitglieder überwiegend öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen oder privatrechtlich organisierte Unternehmen sind, die überwiegend in Staatshand sind.

²⁶ S. 146 ff.

²⁷ S. 158 f.

²⁸ S. 159 ff.

²⁹ S. 164 ff.

³⁰ S. 167 ff.

³¹ S. 169 f.

³² S. 171 f.

³³ S. 173.

³⁴ S. 174 ff.

³⁵ S. 180 ff.

³⁶ S. 180 ff.

³⁷ S. 191 ff.

³⁸ S. 195 f.

³⁹ S. 173.

3. Eine nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung besteht allein im Rechtsverhältnis zwischen einem staatlichen Arbeitgeber und seinem Arbeitnehmer oder zwischen einer staatlichen Tarifvertragspartei und der Gewerkschaft, wenn die tarifliche Regelung ohne entsprechende Auslegung aufgrund der unmittelbaren Richtlinienwirkung unanwendbar wäre.⁴⁰ Richtlinienkonform auszulegen ist eine normative oder schuldrechtliche tarifliche Regelung daher nur zugunsten der Arbeitnehmer bzw. der Gewerkschaft, da sich der Staat gegenüber Privaten nicht unmittelbar auf Richtlinien berufen kann. Die nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung ist mit Hilfe einer interpretatorischen Vorrangregel umzusetzen. Zweck der nationalen Vorrangregel ist es, die Anwendbarkeit der tariflichen Regelung zu erhalten.

Eine nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsfortbildung scheidet hingegen weitgehend aus.⁴¹ Eine richtlinienkonforme Reduktion eines Tarifvertrags ist überflüssig, da sie zum gleichen Ergebnis führt wie die unmittelbare vertikale Richtlinienwirkung. Analog ist eine tarifliche Regelung nur dann richtlinienkonform anzuwenden, wenn sie oder eine andere Tarifvertragsbestimmung ansonsten aufgrund der unmittelbaren vertikalen Richtlinienwirkung unanwendbar wäre. Dabei dürfen die Grenzen der Tarifvertragsfortbildung jedoch nicht überschritten werden.

Tarifverträge sind nicht wegen eines etwaigen Willens der Tarifvertragsparteien, nur richtlinienkonforme Tarifverträge abzuschließen, richtlinienkonform auszulegen. Die Vermutung, Tarifvertragsparteien wollten nur richtlinienkonforme Tarifverträge abschließen, ist weder aus nationaler Sicht gerechtfertigt⁴² noch unionsrechtlich geboten.⁴³ Selbst wenn der konkrete Wille der Tarifvertragsparteien ermittelt werden kann, eine richtlinienkonforme tarifliche Regelung zu treffen, setzt sich dieser Wille nicht gegen den konkreten Regelungswillen durch.⁴⁴

Eine nationale Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsfortbildung kann schließlich auch nicht mit der Aussage begründet werden, das Regelungsmeressen der Tarifvertragsparteien sei auf die richtlinienkonforme Regelungsmöglichkeit reduziert.⁴⁵

4. Nationale Gerichte sind grundsätzlich unionsrechtlich nicht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet, Tarifverträge richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.⁴⁶ Eine solche Pflicht würde gegen die in Art. 288 Abs. 3 AEUV angelegte Verbindlichkeitsgrenze verstoßen.⁴⁷ Zudem spricht auch die Sicherungsfunktion,

⁴⁰ S. 219 ff.

⁴¹ S. 227 ff.

⁴² S. 203 ff.

⁴³ S. 205 ff.

⁴⁴ S. 209 f.

⁴⁵ S. 212 f.

⁴⁶ S. 233 ff.

⁴⁷ S. 253 ff.

die der Judikative bei der Richtlinienumsetzung zukommt, gegen eine Pflicht zur richtlinienkonformen Tarifvertragsauslegung und -fortbildung.⁴⁸ Eine Ausnahme besteht hingegen bei Tarifverträgen staatlicher Tarifvertragsparteien. Diese sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV zugunsten der Arbeitnehmer oder Gewerkschaft richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.⁴⁹

Die gleichen Grundsätze gelten auch für Tarifverträge, die das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklärt hat.⁵⁰ Zwar ist die Allgemeinverbindlicherklärung als staatlicher Rechtsakt richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.⁵¹ Das hat jedoch regelmäßig keine praktischen Auswirkungen.⁵²

Erlässt das Bundesministerium eine Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG, transformiert es die ursprünglich tariflich geregelten Arbeitsbedingungen in staatliches Recht.⁵³ Die ursprünglich tariflich geregelten Arbeitsbedingungen sind als Bestandteil der staatlichen Rechtsverordnung gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV richtlinienkonform auszulegen und fortzubilden.⁵⁴ Eine richtlinienkonforme Fortbildung der Arbeitsbedingungen wird jedoch regelmäßig ausscheiden.⁵⁵

⁴⁸ S. 279 ff.

⁴⁹ S. 277, 282 f.

⁵⁰ S. 315 ff.

⁵¹ S. 316 ff.

⁵² S. 318 ff.

⁵³ S. 324 ff.

⁵⁴ S. 328 ff.

⁵⁵ S. 330 ff.

Literaturverzeichnis

- Ahrendt, Martina, § 1 TVG, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/Ahrendt, § 1 TVG.
- Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1. Auflage (Nachdruck), Frankfurt am Main 2006.
- Arnold, Christian, Die Stellung der Sozialpartner in der europäischen Sozialpolitik, NZA 2002, S. 1261–1268.
- Arnold, Christian, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, Zur Legitimation der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis, Berlin 2007, zitiert als: Arnold, Betriebliche Tarifnormen.
- Arnall, Anthony, The European Court and judicial objectivity, a reply to Professor Hartley, L. Q. R. 112 (1996), S. 411–423.
- Auer, Marietta, Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, S. 1106–1109.
- Bach, Albrecht, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, S. 1108–1116.
- Baldauf, Nicole, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legen-Grenze im Privatrechtsverhältnis, Der Konflikt zwischen Richtlinie und nationalem Recht bei der Rechtsanwendung, Tübingen 2013, zitiert als: Baldauf, Richtlinienverstoß.
- Baldus, Christian, Editorial, GPR 2009, S. 53.
- Baldus, Christian/Vogel, Friederike, Gedanken zu einer europäischen Auslegungslehre: grammatikalisches und historisches Element, in: Wallerath, Maximilian (Hrsg.), Fiat iustitia – Recht als Aufgabe der Vernunft, Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 237–252, zitiert als: Baldus/Vogel, in: FS P. Krause.
- Bast, Jürgen, Art. 5 EUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. EL August 2020, München 2020, zitiert als: GHN/Bast, Art. 5 EUV.
- Bauer, Jobst-Hubertus/Arnold, Christian, Auf „Junk“ folgt „Mangold“ – Europarecht verdrängt deutsches Arbeitsrecht, NJW 2006, S. 6–12.
- Baumann, Thomas, Die Rechtsfolgen eines Grundrechtsverstoßes der Tarifpartner, RdA 1994, S. 272–279.
- Bayreuther, Frank, Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, München 2005.
- Bayreuther, Frank, § 8 AEntG, in: Thüsing, Gregor (Hrsg.), Mindestlohngesetz (MiLoG) und Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), Kommentar, 2. Auflage, München 2016, zitiert als: Thüsing/Bayreuther, § 8 AEntG.
- Benecke, Martina, Art. 153 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. EL August 2020, München 2020, zitiert als: GHN/Benecke, Art. 153 AEUV.

- Bengoetxea*, Joxerramon, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice, Towards a European Jurisprudence*, Oxford 1993, zitiert als: *Bengoetxea*, *Legal Reasoning*.
- Bepler*, Klaus, Teil 3 Zustandekommen, Inhaltsbestimmung und Beendigung des Tarifvertrages, in: Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Bepler, Klaus (Hrsg.), *Der Tarifvertrag, Handbuch für das gesamte Tarifrecht*, 2. Auflage, Köln 2016, zitiert als: *HMB/Bepler*, Teil 3.
- Bernsdorff*, Norbert, Art. 12 GRCh, in: Meyer, Jürgen (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: *Meyer/Bernsdorff*, Art. 12 GRCh.
- Bethge*, Herbert, § 31 BVerfGG, in: Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 60. EL Juli 2020, München 2020, zitiert als: *MSKB/Bethge*, § 31 BVerfGG.
- Bethge*, Herbert, § 78 BVerfGG, in: Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 60. EL Juli 2020, München 2020, zitiert als: *MSKB/Bethge*, § 78 BVerfGG.
- Betlem*, Gerrit, *The Doctrine of Consistent Interpretation, Managing Legal Uncertainty*, in: Prinssen, Jolande M./Schrauwen, Annette (Hrsg.), *Direct effect, Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen 2002, S. 79–104, zitiert als: *Betlem*, in: Prinssen/Schrauwen (Hrsg.), *Direct effect*.
- Bettermann*, Karl August, *Die verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren*, Heidelberg 1986.
- Biervert*, Bernd, Art. 288 AEUV, in: Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Biervert*, Art. 288 AEUV.
- Birk*, Rolf, *Vereinbarungen der Sozialpartner im Rahmen des Sozialen Dialogs und ihre Durchführung*, EuZW 1997, S. 453–459.
- Boerner*, Dietmar, *Tarifvertragliche Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und allgemeiner Gleichheitssatz*, ZfA 1997, S. 67–84.
- Bogdandy*, Armin/*Bast*, Jürgen/*Arndt*, Felix, *Handlungsformen im Unionsrecht, Empirische Analysen und dogmatische Strukturen in einem vermeintlichen Dschungel*, ZaöRV 2002, S. 77–161.
- Börner*, Bodo, *Der rechtliche Nutzen logischer Fehler, oder: Die Richtlinien des EWGV, oder: Rechtsanwendung v. Rechtsetzung*, in: Musielak, Hans-Joachim/Schurig, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Kegel, zum 75. Geburtstag* 26. Juni 1987, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1987, S. 57–74, zitiert als: *Börner*, in: FS Kegel.
- Borowsky*, Martin, *Vorbemerkungen Art. 51 ff. GRCh*, in: Meyer, Jürgen (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, zitiert als: *Meyer/Borowsky*, 4. Aufl., Vor Art. 51 ff. GRCh.
- Brameshuber*, Elisabeth, *Das Recht auf Streik nach Art. 28 Grundrechtecharta, Ein Beitrag zur inhaltlichen Verortung*, EuZA 2016, S. 46–61.
- Braun*, Bernd/*Jöckel*, Rainer, *Ist die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG verfassungsmäßig?*, DB 1972, S. 1338–1340.

- Brechmann*, Winfried, Die richtlinienkonforme Auslegung, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie, München 1994.
- Brecht-Heitzmann*, Holger/*Zachert*, Ulrich, Grundlagen, in: Kempen, Otto Ernst/*Zachert*, Ulrich (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014, zitiert als: Kempen/*Zachert*/*Brecht-Heitzmann*/*Zachert*, Grundl.
- Brenncke*, Martin, Europäisierung der Methodik richtlinienkonformer Rechtsfindung, EuR 2015, S. 440–460.
- Brenncke*, Martin, Entwicklung der methodischen Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: Effer-Uhe, Daniel/*Sagan*, Adam/*Deckenbrock*, Christian/*Höpfner*, Clemens/*Kilian*, Matthias/*Morell*, Alexander et al. (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht, Kölner Tagung, 10.–13. September 2014, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Desden 2016, S. 11–36, zitiert als: *Brenncke*, in: JbJZ 2014.
- Brenncke*, Martin, Hybrid Methodology for the EU Principle of Consistent Interpretation, Stat. L. R. 39 (2018), S. 134–154.
- Brittain*, Stephen, Justifying the teleological methodology of the European Court Of Justice: a rebuttal, Irish Jurist 55 (2016), S. 134–165.
- Buchholtz*, Gabriele, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, Zum Harmonisierungspotenzial des Art. 6 Nr. 4 ESC in der Anwendung des EGMR und des EuGH, Tübingen 2014.
- Büdenbender*, Ulrich, Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für das deutsche Kaufrecht nach der Schuldrechtsreform, ZEuP 2004, S. 36–58.
- Bultmann*, Peter Friedrich, Rechtsfortbildung von EG-Richtlinienrecht, JZ 2004, S. 1100–1106.
- Bumke*, Christian, Ausgestaltung von Grundrechten, Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, Tübingen 2009.
- Búrca*, Gráinne de, Giving Effect to European Community Directives, Mod. L. Rev. 55 (1992), 215–240.
- Burkiczak*, Christian M., Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien oder Relevanz grundrechtlicher Schutzpflichten – Erfurter Einerlei?, RdA 2007, S. 17–22.
- Busche*, Jan, § 157 BGB, in: Säcker, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil – §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018, zitiert als: MüKoBGB/*Busche*, § 157 BGB.
- Bydlinski*, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York 1991, zitiert als: *Bydlinski*, Methodenlehre.
- Calliess*, Christian, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929–933.
- Calliess*, Christian/*Kahl*, Wolfgang/*Puttler*, Adelheid, Art. 4 EUV, in: Calliess, Christian/*Ruffert*, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/*Ruffert*/*Calliess*/*Kahl*/*Puttler*, Art. 4 EUV.

- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage, Berlin 1983.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983, zitiert als: *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201–246.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln u. a. 1999, S. 25–61, zitiert als: *Canaris*, in: FS Medicus.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Grundrechte und Privatrecht, Eine Zwischenbilanz, Berlin 1999.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit, Festschrift für Franz Bydlinski, Wien 2002, S. 47–105, zitiert als: *Canaris*, in: FS Bydlinski.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Honsell, Heinrich/Zäch, Roger/Hasenböhler, Franz/Harrer, Friedrich/Rhinow, René (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 141–159, zitiert als: *Canaris*, in: FS E. A. Kramer.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: Bauer, Hartmut/Czybulka, Detlef/Kahl, Wolfgang/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 41–60, zitiert als: *Canaris*, in: FS R. Schmidt.
- Cappelletti*, Mauro, Is the European Court of Justice „running wild“?, E.L. Rev. 12 (1987), S. 3–17.
- Christensen*, Ralph, Was heißt Gesetzesbindung?, Eine rechtslinguistische Untersuchung, Berlin 1989, zitiert als: *Christensen*, Gesetzesbindung.
- Classen*, Claus Dieter, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, S. 83–87.
- Colneric*, Ninon, Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung, ZEuP 2005, S. 225–233.
- Conway*, Gerard, The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice, Cambridge 2013, zitiert als: *Conway*, Limits of Legal Reasoning.
- Coppel*, Jason, Rights, Duties and the End of Marshall, Mod. L. Rev. 57 (1994), S. 859–879.
- Cornils*, Matthias, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005.
- Craig*, Paul, Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation, E.L. Rev. 22 (1997), S. 519–538.
- Craig*, Paul, The legal effect of Directives, policy, rules and exceptions 34 E.L. Rev. (2009) S. 349–377.

- Craig, Paul/Búrca, Gráinne* de, EU Law, Text, Cases, and Materials, 6. Auflage, Oxford, New York 2015.
- Cremer, Hans-Joachim*, Art. 48 EUV (ex-Art. 48 EUV), in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/Ruffert/Cremer, Art. 48 EUV.
- Creutzfeldt, Malte*, Die „Tarifauskunft“ im Arbeitsgerichtsverfahren, in: Wolmerath, Martin/Gallner, Inken/Krasshöfer, Horst-Dieter/Weyand, Joachim (Hrsg.), Recht – Politik – Geschichte, Festschrift für Franz Josef Düwell zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2011, S. 286–303, zitiert als: *Creutzfeldt*, in: FS Düwell.
- Creutzfeldt, Malte*, Nachdenken über die Nachwirkung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, in: Creutzfeldt, Malte/Hanau, Peter/Thüsing, Gregor/Wißmann, Hellmut (Hrsg.), Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft, Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 45–60, zitiert als: *Creutzfeldt*, in: FS Bepler.
- Dann, Philipp*, Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law, German L.J. 6 (2005), S. 1453–1473.
- Danwitz, Thomas von*, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, S. 697–706.
- Danwitz, Thomas von*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, EuR 2008, S. 769–786.
- Danwitz, Thomas von*, Grundfreiheiten und Kollektivautonomie, EuZA 2010, S. 6–18.
- Dänzer-Vanotti, Wolfgang*, Methodenstreit um die den EG-Richtlinien konforme Auslegung, DB 1994, S. 1052–1055.
- Däubler, Wolfgang*, Tarifvertragsrecht, Ein Handbuch, 3. Auflage, Baden-Baden 1993.
- Däubler, Wolfgang*, Einleitung, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Mit Kommentierung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, 1. Auflage, Baden-Baden 2003, zitiert als: Däubler/Däubler (1. Aufl. 2003), Einl.
- Däubler, Wolfgang*, Privatautonomie oder demokratische Tarifautonomie?, KJ 2014, S. 372–383.
- Däubler, Wolfgang*, Einleitung, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/Däubler, Einl.
- Dederichs, Mariele*, Die Methodik des EuGH, Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 2004.
- Dellmann, Hansjörg*, Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und erweiterte Autonomie, AuR 1967, S. 138–149.
- Deppenheuer, Otto*, Der Wortlaut als Grenze, Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988.
- Dewald, Wilma*, Die Anwendung des Unionsrechts auf den deutschen Tarifvertrag, Baden-Baden 2012.

- Dieterich*, Thomas, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika/Ascheid, Reiner/Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.), Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert, Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, S. 117–134, zitiert als: *Dieterich*, in: FS Schaub.
- Dieterich*, Thomas, Zur Verfassungsmäßigkeit tariflicher Betriebsnormen, in: Klebe, Thomas/Wedde, Peter/Wolmerath, Martin (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1999, S. 451–464, zitiert als: *Dieterich*, in: FS Däubler.
- Dieterich*, Thomas, Tarif- und Betriebsautonomie – ein Spannungsverhältnis, in: Annuß, Georg/Picker, Eduard/Wißmann, Hellmut (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi, Zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 117–125, zitiert als: *Dieterich*, in: FS Richardi.
- Doehring*, Karl, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts – Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Frankfurt am Main 1984, zitiert als: *Doehring*, Staatsrecht.
- Dopheide*, Johanna, Länderbericht Belgien, in: Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Tübingen 2011, S. 140–161, zitiert als: *Dopheide*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen.
- Dopheide*, Johanna, Länderbericht Frankreich, in: Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Tübingen 2011, S. 180–205, zitiert als: *Dopheide*, in: Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen.
- Dorf*, Yvonne, Zur Interpretation der Grundrechtecharta, JZ 2005, S. 126–132.
- Dougan*, Michael, The „Disguised“ Vertical Direct Effect of Directives?, C.L.J. 59 (2000), 586–611.
- Dougan*, Michael, When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship Between Direct Effect and Supremacy, C.M.L.R. 44 (2007), S. 931–963.
- Drüen*, Klaus-Dieter, Verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung durch die Finanzgerichte, StuW 2012, S. 269–280.
- Duden, verbindlich, <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/verbindlich>, zuletzt aktualisiert am 2.1.2021.
- Dürig*, Günter, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157–190, zitiert als: *Dürig*, in: FS Nawiasky.
- Dürig*, Günter, Art. 1 Abs. 3 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, Sonderdruck – Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz von Günter Dürig, München 2003, zitiert als: Maunz/Dürig/Dürig (Stand 1958), Art. 1 Abs. 3 GG.
- Durner*, Wolfgang, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, Referat im Rahmen der Vortragsreihe „Rechtsfragen der Europäischen Integration“, Bonn 2010.
- Dütz*, Wilhelm, Subjektive Umstände bei der Auslegung kollektivvertraglicher Normen, in: Gamillscheg, Franz/Rüthers, Bernd/Stahlhacke, Eugen (Hrsg.), Sozialpartnerschaft in der Bewährung, Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag, München 1988, S. 63–79, zitiert als: *Dütz*, in: FS K. Molitor.

- Easson*, A. J., Can Directives Impose Obligations on Individuals?, 4 E. L. Rev. (1979), S. 67–79.
- Egger*, Alexander, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte in der III. Säule, *EuZW* 2005, S. 652–656.
- Ehlers*, Dirk, § 11 Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten, in: Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), *Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 4. Auflage, Baden-Baden 2020, zitiert als: Schulze/Janssen/Kadelbach/Ehlers, § 11.
- Ehricke*, Ulrich, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, *RabelsZ* 59 (1995), S. 598–644.
- Ehricke*, Ulrich, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, *EuZW* 1999, S. 553–559.
- Engels*, Andreas, Teil 1 Grundlagen des Tarifvertragsrechts, in: Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Beppler, Klaus (Hrsg.), *Der Tarifvertrag, Handbuch für das gesamte Tarifrecht*, 2. Auflage, Köln 2016, zitiert als: HMB/Engels, Teil 1.
- Enneccerus*, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch – Erster Band – Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Auflage, Tübingen 1959, zitiert als: *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1.
- Epiney*, Astrid, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, Zur Entscheidung des EuGH vom 11. 8. 1995 – Rs. C-431/92 – Großkrotzenburg – *DVBl.* 1996, 424, *DVBl.* 1996, S. 409–414.
- ETUC, ETUC Constitution, <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2020-01/CES-14e%20Congre%CC%80s-Statuts-UK.pdf>, zuletzt geprüft am 2. 1. 2021.
- EU-Kommission, Einhaltung von EU-Recht in den Mitgliedstaaten: Noch nicht gut genug, Brüssel (6. 7. 2017), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_17_1846, zuletzt geprüft am 2. 1. 2021.
- Everling*, Ulrich, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien: Ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung auf der Basis gemeinsamer Rechtsgrundsätze, in: Börner, Bodo/Jahrreiss, Hermann/Stern, Klaus (Hrsg.), *Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984 – Band 1*, Köln 1984, S. 95–113, zitiert als: *Everling*, in: FS Carstens I.
- Everling*, Ulrich, Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft, *RabelsZ* 50 (1986), S. 193–232.
- Everling*, Ulrich, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, *ZGR* 1992, S. 376–395.
- Everling*, Ulrich, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, *EuR* 1994, S. 127–143.
- Everling*, Ulrich, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, *JZ* 2000, S. 217–227.
- Fischinger*, Philipp S., § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1 – Individualarbeitsrecht I*, 4. Auflage, München 2018, zitiert als: *MüHdbArbR/Fischinger*, § 7.

- Fleischer*, Holger, Europäische Methodenlehre: Stand und Perspektiven, *RabelsZ* 75 (2011), S. 700–729.
- Foerster*, Max, Richtlinienwirkung im Horizontalverhältnis?, Anmerkung zum Beschluss des EuGH vom 24. März 2011, Rs. C-194/10 (Abt), *EuR* 2012, S. 190–198.
- Forst*, Gerrit, § 5 TVG, in: Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), *Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht* 2016, zitiert als: NK-GA/*Forst*, § 5 TVG.
- Franzen*, Martin, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin 1999, zitiert als: *Franzen*, Privatrechtsangleichung.
- Franzen*, Martin, Art. 153 AEUV, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 3. Auflage, München 2020, zitiert als: *EuArbR/Franzen*, Art. 153 AEUV.
- Franzen*, Martin, § 1 TVG, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Franzen*, § 1 TVG.
- Franzen*, Martin, § 5 TVG, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Franzen*, § 5 TVG.
- Franzen*, Martin, § 7 AEntG, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Schlachter/Franzen*, § 7 AEntG.
- Frenz*, Walter, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, Berlin 2009, zitiert als: *Frenz*, Hdb. Europarecht 4.
- Frenz*, Walter, *Handbuch Europarecht*, Band 5 Wirkungen und Rechtsschutz, Heidelberg, Dordrecht, London, New York 2010, zitiert als: *Frenz*, Hdb. Europarecht 5.
- Frieling*, Tino, § 1 TVG, in: Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), *Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht* 2016, zitiert als: NK-GA/*Frieling*, § 1 TVG.
- Frieling*, Tino, Art. 3 GG, in: Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), *Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht* 2016, zitiert als: NK-GA/*Frieling*, Art. 3 GG.
- Frieling*, Tino, Gesetzesmaterialien als Grenze richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, in: Effer-Uhe, Daniel/Sagan, Adam/Deckenbrock, Christian/Höpfner, Clemens/Kilian, Matthias/Morell, Alexander et al. (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht*, Kölner Tagung, 10.–13. September 2014, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Desden 2016, S. 37–73, zitiert als: *Frieling*, in: *JbJZ* 2014.
- Frieling*, Tino, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers*, Tübingen 2017.
- Frieling*, Tino/*Münder*, Matthias, Neue richterrechtliche Grenzen der Tarifdispositivität sachgrundloser Befristungsmöglichkeiten, *NZA* 2017, S. 766–771.
- Fritsche*, Jörn, § 148 ZPO, in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Auflage, München 2020, zitiert als: *MüKoZPO/Fritsche*, § 148 ZPO.

- Gallner*, Inken, § 13 BUrlG, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Auflage, München 2019, zitiert als: *ErfK/Gallner* (19. Aufl. 2019), § 13 BUrlG.
- Gänswein*, Olivier, *Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts, Erscheinungsformen und dogmatische Grundlage eines Rechtsprinzips des Unionsrechts*, Frankfurt am Main 2009, zitiert als: *Gänswein*, Unionsrechtskonforme Auslegung.
- Gebauer*, Martin, Kapitel 4 – Europäische Auslegung des Zivilrechts, Methodik – Auslegung und Direktwirkung des europäischen Rechts – Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts, in: Gebauer, Martin/Wiedmann, Thomas (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Kommentierung der wichtigsten EU-Verordnungen*, Stuttgart u. a. 2010, zitiert als: *Gebauer*, in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*.
- Geis*, Max-Emanuel, Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, Verfassungsrechtsprechung im Dilemma zwischen Auslegung und Rechtsschöpfung, *NVwZ* 1992, S. 1025–1031.
- Geis*, Max-Emanuel, Die pragmatische Sanktion der „verfassungskonformen Analogie“, Kritische Anmerkung zur neuesten „Lebenslänglich-Entscheidung“ des BVerfG (zu BVerfG, *NJW* 1992, 2947), *NJW* 1992, S. 2938–2940.
- Geismann*, Maria, Art. 288 AEUV, in: von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, zitiert als: von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Geismann*, Art. 288 AEUV.
- Gellermann*, Martin, *Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, Dargestellt am Beispiel des europäischen Umweltrechts*, Köln 1994.
- Georges*, Pauline, Länderbericht Österreich, in: Kamanabrou, Sudabeh (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*, Tübingen 2011, S. 249–260, zitiert als: *Georges*, in: Kamanabrou (Hrsg.), *Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen*.
- Gerken*, Lüder/Rieble, Volker/Roth, Günther H./Stein, Torsten/Streinz, Rudolf, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, München 2009.
- Gerven*, Walter van, *The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited*, Bonn 1994, zitiert als: *Gerven*, Horizontal Effect.
- Giesen*, Richard, *Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, Gegenstand und Reichweite betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Tarifnormen*, Tübingen 2002.
- Giesen*, Richard, Staatsneutralität bei der Verbindlicherklärung von Tarifverträgen, *ZfA* 2008, S. 355–382.
- Giesen*, Richard, § 5 TVG, in: Rolfs, Christian/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*, München 58. Edition 2020, zitiert als: *BeckOK ArbR/Giesen*, § 5 TVG.

- Göldner*, Detlef Christoph, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem, Berlin 1969, zitiert als: *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm.
- Gornik*, Andreas, Grundrechtsbindung in der Rechtsprechung des BAG, NZA 2012, S. 1399–1404.
- Götz*, Volkmar, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, NJW 1992, S. 1849–1856.
- Götz*, Volkmar, Rechtsstaatliche Grundsätze des Gemeinschaftsrechts als Grund und Grenze der innerstaatlichen Anwendung von EG-Richtlinien, in: Bröhmer, Jürgen/Bieber, Roland/Calliess, Christian (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, Köln 2005, S. 485–496, zitiert als: *Götz*, in: FS Ress.
- Greiner*, Stefan, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zwischen mitgliedstaatlicher Legitimation und öffentlichem Interesse, in: Boemke, Burkhard/Lembke, Mark/Linck, Rüdiger (Hrsg.), Festschrift für Gerrick Frhr. v. Hoyningen-Huene zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 103–122, zitiert als: *Greiner*, in: FS Hoyningen-Huene.
- Grief*, Nicholas, Direct effect of directives and organs of the State, E.L. Rev. 16 (1991), S. 136–143.
- Gröpl*, Christoph, J. Steuerrecht, in: Dausen, Manfred A./Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, München 50. EL 2020, zitiert als: EU-Wirtschaftsrecht/*Gröpl*, J. Steuerrecht.
- Grosche*, Nils/Höft, Jan, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Grenzen, NJW 2009, S. 2416–2417.
- Grosche*, Nils/Höft, Jan, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Grenzen? – Zugleich Besprechung von BGH, NJW 2009, 427 – Quelle, NJOZ 2009, S. 2294–2309.
- Grzeszick*, Bernd, Art. 20 GG C. Die Bindung von Exekutive und Judikative an Gesetz und Recht, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, München 92. EL 2020, zitiert als: Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 GG C.
- Gsell*, Beate, Anmerkung, JZ 2009, S. 522–526.
- Guckelberger*, Anette, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, S. 1151–1157.
- Gundel*, Jörg, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten, Zur Unanwendbarkeit richtlinienwidriger nationaler Verbotsgesetze im Konflikt unter Privaten, EuZW 2001, S. 143–149.
- Gundel*, Jörg, § 2 Grundrechtsberechtigte, in: Grabenwarter, Christoph (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 2: Europäischer Grundrechtsschutz, 1. Auflage, Baden-Baden 2014, zitiert als: EnzEuR Bd. 2/*Gundel*, § 2.
- Gussen*, Heinz, § 7 AEntG, in: Rolfs, Christian/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, München 58. Edition 2020, zitiert als: BeckOK ArbR/*Gussen*, § 7 AEntG.
- Gusy*, Christoph, Der Vorrang des Gesetzes, JuS 1983, S. 189–194.

- Hager*, Johannes, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, München 1983, zitiert als: *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung.
- Haratsch*, Andreas/*Koenig*, Christian/*Pechstein*, Matthias, Europarecht, 12. Auflage, Tübingen 2020.
- Hartley*, Trevor C., The European Court, judicial objectivity and the constitution of the European Union, L.Q.R. 112 (1996), S. 95–109.
- Hartmann*, Christian, Gleichbehandlung und Tarifautonomie, Zur Ermittlung der Rechtsfolgen bei Gleichheitsverstößen in Tarifverträgen, Berlin 1994.
- Hassold*, Gerhard, Strukturen der Gesetzesauslegung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 211–240, zitiert als: *Hassold*, in: FS Larenz.
- Hatje*, Armin, Art. 51 GRCh, in: Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Hatje, Art. 51 GRCh.
- Heiderhoff*, Bettina, Europäisches Privatrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2020.
- Heintschel von Heinegg*, Wolff, Art. 2 EUV, in: Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV – AEUV – GRCh – EAGV: Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden/Wien/Zürich 2018, zitiert als: Vedder/Heintschel von Heinegg/Heintschel von Heinegg, Art. 2 EUV.
- Hellgardt*, Alexander, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JZ 2018, S. 901–910.
- Henninger*, Thomas, Europäisches Privatrecht und Methode, Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre, Tübingen 2009.
- Henssler*, Martin, § 1 TVG, in: Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020, zitiert als: HWK/Henssler, § 1 TVG.
- Henssler*, Martin, § 5 TVG, in: Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020, zitiert als: HWK/Henssler, § 5 TVG.
- Henssler*, Martin/*Kaiser*, Eva Maria, Altersdiskriminierung durch die im BAT festgelegte Vergütung nach Lebensaltersstufen und die Besitzstandswahrung bei der Überleitung in den TVöD, Besprechung des Urteils EuGH v. 8.9.2011 – Rs. C-297/10 – Hennigs, RdA 2012, S. 248–252.
- Herber*, Rolf, Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien?, Anmerkungen zum Urteil des OLG Celle, EuZW 1990, 550, EuZW 1991, S. 401–404.
- Herdegen*, Matthias, Richtlinienkonforme Auslegung im Bankrecht: Schranken nach Europa- und Verfassungsrecht, WM 2005, S. 1921–1932.

- Herdegen*, Matthias, Art. 1 Abs. 3 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, München 92. EL 2020, zitiert als: Maunz/Dürig/*Herdegen*, Art. 1 Abs. 3 GG.
- Hergenröder*, Curt Wolfgang, Art. 3 GG, in: Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020, zitiert als: HWK/*Hergenröder*, Art. 3 GG.
- Herresthal*, Carsten, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, Methoden, Kompetenzen, Grenzen dargestellt am Beispiel des Privatrechts, München 2006, zitiert als: *Herresthal*, Rechtsfortbildung.
- Herresthal*, Carsten, Die Re-Individualisierung des kollektiven Arbeitsrechts in der europäischen Integration am Beispiel der Tarifautonomie, EuZA 2011, S. 3–29.
- Herresthal*, Carsten, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, S. 289–298.
- Herresthal*, Carsten, Grundrechtecharta und Privatrecht, Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht, ZEuP 2014, S. 238–280.
- Herrmann*, Christoph, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003, zitiert als: *Herrmann*, Richtlinienumsetzung.
- Herschel*, Wilhelm, Die Auslegung der Tarifvertragsnormen, in: Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, 3. Oktober 1961, München/Berlin 1962, S. 161–202, zitiert als: *Herschel*, in: FS E. Molitor.
- Hesse*, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999.
- Heuschmid*, Johannes, § 11 Der Arbeitskampf im EU-Recht, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2018, zitiert als: Däubler/*Heuschmid*, § 11.
- Heuschmid*, Johannes/Lörcher, Klaus, Art. 28 GRCh, in: Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht 2016, zitiert als: NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Art. 28 GRCh.
- Heuschmid*, Johannes/Lörcher, Klaus, Vorbemerkung zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in: Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht 2016, zitiert als: NK-GA/*Heuschmid/Lörcher*, Vor GRCh.
- Hilf*, Meinhard, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, S. 1–22.
- Hillgruber*, Christian, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118–125.
- Hillgruber*, Christian, Art. 23 GG, in: GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Köln 2018, zitiert als: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/*Hillgruber*, Art. 23 GG.
- Höfling*, Wolfram, Art. 1 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2018, zitiert als: Sachs/*Höfling*, Art. 1 GG.

- Höfling*, Wolfram, Art. 9 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2018, zitiert als: Sachs/*Höfling*, Art. 9 GG.
- Holoubek*, Michael, Art. 28 GRCh, in: Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/*Holoubek*, Art. 28 GRCh.
- Hommelhoff*, Peter, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), S. 71–107.
- Höpfner*, Clemens, Die systemkonforme Auslegung, Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht, Tübingen 2008.
- Höpfner*, Clemens, Anmerkung zu BAG, Urteil v. 17. 11. 2009 – 9 AZR 844/08, AP Nr. 65 zu § 11 BUrIG.
- Höpfner*, Clemens, Erwiderung, Über Sinn und Unsinn der sogenannten „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung“, JZ 2009, S. 403–405.
- Höpfner*, Clemens, Altersdiskriminierung und europäische Grundrechte – Einige methodische Anmerkungen zum Richterrecht des EuGH, ZfA 2010, S. 449–486.
- Höpfner*, Clemens, Voraussetzungen und Grenzen richtlinienkonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, in: Busch, Christoph/Kopp, Christina/McGuire, Mary-Rose/Zimmermann, Martin (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts, Stuttgart 2010, S. 74–108, zitiert als: *Höpfner*, in: JbJZ 2009.
- Höpfner*, Clemens, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz, Teil 1, RdA 2013, S. 16–28.
- Höpfner*, Clemens, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa – Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz, Teil 2, RdA 2013, S. 65–73.
- Höpfner*, Clemens, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts, Baden-Baden 2015, zitiert als: *Höpfner*, Tarifgeltung.
- Höpfner*, Clemens, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, S. 321–337.
- Höpfner*, Clemens, Art. 288 AEUV, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020, zitiert als: EuArbR/*Höpfner*, Art. 288 AEUV.
- Höpfner*, Clemens/*Rüthers*, Bernd, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), S. 1–36.
- Horn*, Hans-Detlef, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, Zur Dogmatik des Verhältnisses zwischen Gesetz, Verwaltung und Individuum unter dem Grundgesetz, Tübingen 1999.
- Hueck*, Alfred/*Nipperdey*, Hans Carl, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Kollektives Arbeitsrecht, Erster Halbband, 7. Auflage, Berlin, Frankfurt am Main 1967, zitiert als: *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1.

- Hüpers*, Bernd/*Reese*, Birgit, Art. 28 GRCh, in: Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: Meyer/Hölscheidt/*Hüpers/Reese*, Art. 28 GRCh.
- Imboden*, Max, Normkontrolle und Norminterpretation, in: Freunde/Kollegen/Schüler/Verlag (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag 24. Mai 1961, Bern 1961, S. 133–150, zitiert als: *Imboden*, in: FS H. Huber.
- Ipsen*, Hans Peter, Richtlinien-Ergebnisse, in: Hallstein, Walter/Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg.), Zur Integration Europas, Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines siebzigsten Geburtstages, Karlsruhe 1965, S. 67–84, zitiert als: *Ipsen*, in: FS Ophüls.
- Isensee*, Josef, § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg/Hamburg 2011, zitiert als: HStR IX/*Isensee*, § 191.
- Itzcovich*, Giulio, The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice, German L. J. 10 (2009), S. 537–560.
- Jacobs*, Matthias, Einleitung, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage, München 2019, zitiert als: Wiedemann/*Jacobs*, Einl.
- Jacobs*, Matthias/*Münder*, Matthias/*Richter*, Barbara, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH, Frankfurt am Main 2016, zitiert als: *Jacobs/Münder/Richter*, Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht.
- Jarass*, Hans D., Voraussetzungen der innerstaatlichen Wirkung des EG-Rechts, NJW 1990, S. 2420–2425.
- Jarass*, Hans D., Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, S. 2665–2669.
- Jarass*, Hans D., Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, S. 211–223.
- Jarass*, Hans D., Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln u. a. 1994, zitiert als: *Jarass*, Grundfragen.
- Jarass*, Hans D., Art. 23 GG, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Auflage, München 2009, zitiert als: Jarass/Pieroth/*Jarass* (10. Aufl. 2009), Art. 23 GG.
- Jarass*, Hans D., Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte, NVwZ 2012, S. 457–461.
- Jarass*, Hans D., Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht, EuR 2013, S. 29–45.
- Jarass*, Hans D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK – Kommentar, 3. Auflage, München 2016, zitiert als: *Jarass*, GRCh.

- Jarass*, Hans D., Art. 1 GG, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Auflage, München 2020, zitiert als: Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 1 GG.
- Jarass*, Hans D., Art. 20 GG, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Auflage, München 2020, zitiert als: Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 20 GG.
- Jarass*, Hans D., Art. 23 GG, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Auflage, München 2020, zitiert als: Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 23 GG.
- Jarass*, Hans D./Beljin, Saša, Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien, EuR 2004, S. 714–737.
- Jestaedt*, Matthias, Richterliche Rechtssetzung statt richterlicher Rechtsfortbildung, in: Bumke, Christian (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012, S. 49–69, zitiert als: *Jestaedt*, in: Richterrecht.
- Junker*, Abbo, Europäische Vorschriften zum Tarifvertrag, EuZA 2014, S. 1–16.
- Kadelbach*, Stefan, Art. 5 EUV, in: von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Unions, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, zitiert als: von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kadelbach, Art. 5 EUV.
- Kahl*, Wolfgang, Art. 1 Abs. 3 GG, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 207. Aktualisierung 2020, zitiert als: BK/Kahl, Art. 1 Abs. 3 GG.
- Kaiser*, Eva Maria, Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz, Prominente tarifvertragliche Klauseln auf dem Prüfstand des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der europa- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, Baden-Baden 2012.
- Kamanabrou*, Sudabeh, Die Auslegung und Fortbildung des normativen Teils von Tarifverträgen, auf der Grundlage eines Vergleichs der Auslegung und Fortbildung von Gesetzen mit der Auslegung und Ergänzung von Rechtsgeschäften, Berlin 1997, zitiert als: *Kamanabrou*, Auslegung und Fortbildung.
- Kamanabrou*, Sudabeh, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 26. 10. 2016 – 7 AZR 140/15, AP Nr. 147 zu § 14 TzBfG.
- Kamanabrou*, Sudabeh, Anmerkung zu BVerfG, JZ 2018, 879, JZ 2018, S. 886–890.
- Kania*, Thomas, § 75 BetrVG, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: ErfK/Kania, § 75 BetrVG.
- Katerndahl*, Christoph, Tarifverhandlung und Streik als Menschenrechte, Eine dogmatische Analyse der Koalitionsfreiheit des Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Baden-Baden 2017.

- Kerwer*, Christof, Das europäische Gemeinschaftsrecht und die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte, Köln 2003, zitiert als: *Kerwer*, Gemeinschaftsrecht und Arbeitsgerichte.
- Kiel*, Heinrich, § 1 KSchG, in: Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 3. Auflage, München 2007, zitiert als: *APS/Kiel* (3. Aufl. 2007), § 1 KSchG.
- Kielmansegg*, Sebastian Graf von, Tücken im Dreieck – Die individualbelastende Richtlinienwirkung im Unionsrecht, EuR 2014, S. 30–62.
- Kingreen*, Thorsten, Art. 51 GRCh, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: *Calliess/Ruffert/Kingreen*, Art. 51 GRCh.
- Kingreen*, Thorsten, Art. 52 GRCh, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: *Calliess/Ruffert/Kingreen*, Art. 52 GRCh.
- Kirchhof*, Ferdinand, Private Rechtsetzung, Berlin 1987.
- Klamert*, Marcus, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, Wien 2001.
- Klatt*, Matthias, Theorie der Wortlautgrenze, Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004, zitiert als: *Klatt*, Wortlautgrenze.
- Klebeck*, Ulf/Weninger, Heike, Mindestlohn-Rechtsverordnung nach AEntG, SAE 2009, S. 159–167.
- Klump*, Steffen, Diskontinuität und ihre Folgen für das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2005, S. 848–854.
- Knecht*, Matthias, Art. 12 GRCh, in: Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/Knecht*, Art. 12 GRCh.
- Koch*, Hans Joachim/Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre, München 1982.
- Kocher*, Eva, Grundlagen, in: Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014, zitiert als: *Kempen/Zachert/Kocher*, Grundl.
- Köndgen*, Johannes, Editorial, Europäische Methodenlehre: zu wichtig, um sie nur den Eurorechtlern zu überlassen, GPR 2005, S. 105.
- König*, Doris/Kleinlein, Thomas, § 2 Gesetzgebung, in: Schulze, Reiner/Janssen, André/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 4. Auflage, Baden-Baden 2020, zitiert als: *Schulze/Janssen/Kadelbach/König/Kleinlein*, § 2.
- Konzen*, Horst, Der europäische Einfluß auf das deutsche Arbeitsrecht nach dem Vertrag über die Europäische Union, EuZW 1995, S. 39–50.
- Kramer*, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 5. Auflage 2016.

- Krämer*, Daniel, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, Berlin 2015, zitiert als: *Krämer*, Richtigkeitsgewähr.
- Krause*, Rüdiger, § 1 Grundlagen des Tarifvertragsrechts, in: Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, München 2013, zitiert als: JKOS/Krause, § 1.
- Krause*, Rüdiger, § 4 Inhalt des Tarifvertrags, in: Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, München 2013, zitiert als: JKOS/Krause, § 4.
- Krebber*, Sebastian, Art. 153 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 153 AEUV.
- Krebber*, Sebastian, Art. 154 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 154 AEUV.
- Krebber*, Sebastian, Art. 155 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 155 AEUV.
- Krebber*, Sebastian, Art. 28 GRCh, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 28 GRCh.
- Krebber*, Sebastian, Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahmen, EuZA 2016, S. 3–21.
- Kreutz*, Peter, Grenzen der Betriebsautonomie durch mittelbare Grundrechtsbindung, in: Schliesky, Utz/Ernst, Christian/Schulz, Sönke E. (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg/Hamburg 2011, S. 753–769, zitiert als: *Kreutz*, in: FS Schmidt-Jortzig.
- Kreutz*, Peter, § 77 BetrVG, in: Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin et al. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Band II: §§ 74–132 – Gemeinschaftskommentar, 11. Auflage, Köln 2018, zitiert als: GK BetrVG/Kreutz, § 77 BetrVG.
- Kreutz*, Peter/Jacobs, Matthias, § 75 BetrVG, in: Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin et al. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Band II: §§ 74–132 – Gemeinschaftskommentar, 11. Auflage, Köln 2018, zitiert als: GK BetrVG/Kreutz/Jacobs, § 75 BetrVG.
- Krey*, Volker, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I), JZ 1978, S. 361–368.
- Kroll-Ludwigs*, Kathrin/Ludwigs, Markus, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Gesamtsystem der Richtlinienwirkung, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05 (Quelle), ZJS 2009, S. 123–130.

- Krüger*, Herbert, Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, S. 163–166.
- Kuhlen*, Lothar, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, Heidelberg u. a. 2006, zitiert als: *Kuhlen*, Verfassungskonforme Auslegung.
- Kulick*, Andreas, „Drittwirkung“ als verfassungskonforme Auslegung, Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2016, S. 2236–2241.
- Kunig*, Philip, Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986.
- Kutscher*, Hans, Methods of interpretation as seen by a judge at the Court of Justice, in: Court of Justice of the European Communities (Hrsg.), Judicial and Academic Conference 27–28 September 1976, Reports, zitiert als: *Kutscher*, in: Court of Justice of the European Communities (Hrsg.), Judicial and Academic Conference 27–28 September 1976.
- Lackhoff*, Klaus/Nyssens, Harold, Direct effect of Directives in triangular situations, E.L. Rev. 23 (1998), S. 397–413.
- Lakies*, Thomas, § 5 TVG, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/*Lakies*, § 5 TVG.
- Lakies*, Thomas, § 7 AEntG, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/*Lakies*, § 7 AEntG.
- Langenbucher*, Katja, § 1 Europarechtliche Methodenlehre, in: Langenbucher, Katja (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, zitiert als: Langenbucher/*Langenbucher*, § 1.
- Larenz*, Karl, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, S. 1–10.
- Larenz*, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, New York 1991, zitiert als: *Larenz*, Methodenlehre.
- Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg 1995, zitiert als: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre.
- Leible*, Stefan/*Domröse*, Ronny, § 8 Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015, zitiert als: Riesenhuber/*Leible/Domröse*, § 8.
- Leipold*, Dieter, § 293 ZPO, in: Berger, Christian/Bork, Reinhard/Brehm, Wolfgang/Grunsky, Wolfgang/Leipold, Dieter/Münzberg, Wolfgang et al. (Hrsg.), Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 4 – §§ 253–327, 22. Auflage, Tübingen 2008, zitiert als: Stein/Jonas/*Leipold*, § 293 ZPO.
- Leisner*, Walter Georg, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts, Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, S. 689–707.
- Lembke*, Ulrike, Einheit aus Erkenntnis?, Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin 2009.
- Lenaerts*, Koen/*Corthaut*, Tim, Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law, E.L. Rev. 31 (2006), S. 287–315.

- Lenaerts, Koen/Gutiérrez-Fons, José A.*, To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, EUI Working Paper AEL 2013/9, Italien 2013, zitiert als: *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, To Say What the Law of the EU Is.
- Lenz, Miriam/Tynes, Dóra Sif/Young, Lorna*, Horizontal what? Back to basics, E.L. Rev. 25 (2000), S. 509–522.
- Liedmeier, Norbert*, Die Auslegung und Fortbildung arbeitsrechtlicher Kollektivverträge, Berlin 1991, zitiert als: *Liedmeier*, Auslegung und Fortbildung.
- Lingemann, Stefan/Gotham, Meike*, AGG-Benachteiligungen wegen des Alters in kollektivrechtlichen Regelungen, NZA 2007, S. 663–670.
- Linhart, Tomáš/Ranič, Radim*, Arbeitsrecht in Tschechien, in: Henssler, Martin/Braun, Axel (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 3. Auflage, Köln 2011, zitiert als: Henssler/Braun/*Linhart/Ranič*, Tschechien.
- Linsenmaier, Wolfgang*, Normsetzung der Betriebsparteien und Individualrechte der Arbeitnehmer, RdA 2008, S. 1–13.
- Linsenmaier, Wolfgang*, Art. 9 GG, in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: ErfK/*Linsenmaier*, Art. 9 GG.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Grundrechte und Vertragsrecht: Die verfassungskonforme Reduktion des § 565 Abs. 2 S. 2 BGB, JZ 1995, S. 1034–1046.
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996, zitiert als: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik.
- Lorenz, Dieter*, Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, S. 865–872.
- Lorenz, Frank*, § 3 TVG, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/*Lorenz*, § 3 TVG.
- Lorenz, Stephan*, Vorbemerkung § 474 BGB, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 – Schuldrecht – Besonderer Teil I – §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Auflage, München 2019, zitiert als: MüKoBGB/*Lorenz*, Vor § 474.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, zitiert als: *Löwisch/Rieble*, TVG (1. Aufl. 1992).
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2012, zitiert als: *Löwisch/Rieble*, TVG (3. Aufl. 2012).
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2017, zitiert als: *Löwisch/Rieble*, TVG.
- Ludwigs, Markus/Friedmann, Carolin*, Die Grundrechtsberechtigung staatlich beherrschter Unternehmen und juristischer Personen des öffentlichen Rechts, Kontinuität oder Wandel der verfassungsrechtlichen Dogmatik?, NVwZ 2018, S. 22–28.
- Lutter, Marcus*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, S. 593–607.

- Maduro*, Miguel Poiaries, Interpreting European Law, Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism, EJLS 1 (2007), S. 137–152.
- Martens*, Sebastian A. E., Methodenlehre des Unionsrechts, Tübingen 2013.
- Maul-Sartori*, Mathias, Art. 153 AEUV, in: Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans (Hrsg.), Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht 2016, zitiert als: NK-GA/*Maul-Sartori*, Art. 153 AEUV.
- Mayer*, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Berlin 1924, zitiert als: *Mayer*, Dt. Verwaltungsrecht I.
- Mayer-Maly*, Theo, Ergänzende Tarifvertragsauslegung und Tarifaufonomie, RdA 1988, S. 136–137.
- Michael*, Lothar/*Payandeh*, Mehrdad, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zwischen Unionsrecht und Verfassungsrecht, NJW 2015, S. 2392–2398.
- Michel*, Helmut, Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, S. 274–281.
- Miettinen*, Samuli/*Kettunen*, Merita, Travaux to the Treaties: Treasures or trivia?, Draft paper to be presented at the European Union Studies Association conference, Boston, March 5, 2015 (2015), <https://eustudies.org/conference/papers/download/71>, zuletzt geprüft am 2. 1. 2021.
- Mohr*, Jochen, Art. 16 RL 2000/78/EG, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020, zitiert als: EuArbR/*Mohr*, Art. 16 RL 2000/78/EG.
- Mohr*, Jochen, Art. 21 GRCh, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020, zitiert als: EuArbR/*Mohr*, Art. 21 GRCh.
- Möllers*, Thomas M.J./*Möhring*, Alexandra, Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers, Zugleich Besprechung von EuGH Rs. C-404/06 (Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände), JZ 2008, S. 919–924.
- Mörsdorf*, Oliver, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, S. 219–240.
- Müller*, Friedrich/*Christensen*, Ralph, Juristische Methodik, Band II – Europarecht, 3. Auflage 2012, zitiert als: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. II.
- Müller*, Friedrich/*Christensen*, Ralph, Juristische Methodik, Band I – Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Auflage 2013, zitiert als: *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. I.
- Müller*, Gerhard, Die Auslegung des normativen Teiles eines Tarifvertrags nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960, S. 119–122.
- Müller-Franken*, Sebastian, Bindung Privater an Grundrechte?, Zur Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen, in: Detterbeck, Steffen/Rozek, Jochen/Coelln, Christian von (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit, Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 223–250, zitiert als: *Müller-Franken*, in: FS Bethge.

- Münder*, Matthias, Zeitlich unbegrenzter Urlaubsanspruch für Scheinselbständige?, Zur Umsetzung des EuGH-Urteils King in das deutsche Recht, ZfA 2019, S. 66–81.
- Nebe*, Katja, § 1 TVG, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/*Nebe*, § 1 TVG.
- Neßler*, Volker, Richterrecht wandelt EG-Richtlinien, Die EuGH-Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien als Problem des europäischen Richterrechts, RIW 1993, S. 206–214.
- Nettesheim*, Martin, Auslegung und Fortbildung des nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), S. 261–293.
- Nettesheim*, Martin, Art. 288 AEUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. EL August 2020, München 2020, zitiert als: GHN/*Nettesheim*, Art. 288 AEUV.
- Neumann*, Dirk, Zur Auslegung von Tarifverträgen, AuR 1985, S. 320–323.
- Neuner*, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München 2005.
- Neuner*, Jörg, § 12 Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015, zitiert als: Riesenhuber/*Neuner*, § 12.
- Nicolaysen*, Gert, Keine horizontale Wirkung von Richtlinien-Bestimmungen, Anmerkung zum EuGH-Urteil Rs. 152/84 vom 26. 2. 1986, EuR 1986, S. 370–371.
- Nikisch*, Arthur, Arbeitsrecht, II. Band – Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1959, zitiert als: *Nikisch*, Arbeitsrecht II.
- Nipperdey*, Hans Carl, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte, RdA 1950, S. 121–128.
- Nipperdey*, Hans Carl/*Heussner*, Hermann, Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen, in: Külz, Helmut R./Naumann, Richard (Hrsg.), Staatsbürger und Staatsgewalt, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart – Band I, Karlsruhe 1963, S. 211–237, zitiert als: *Nipperdey/Heussner*, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. I.
- Oetker*, Hartmut, § 6 Bindung an den Tarifvertrag, in: Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, München 2013, zitiert als: JKOS/*Oetker*, § 6.
- Oetker*, Hartmut, § 2 TVG, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage, München 2019, zitiert als: Wiedemann/*Oetker*, § 2 TVG.
- Ohler*, Christoph, Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, NVwZ 2013, S. 1433–1438.
- Ohler*, Christoph, Art. 48 EUV, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 71. EL August 2020, München 2020, zitiert als: GHN/*Ohler*, Art. 48 EUV.

- Ossenbühl, Fritz*, § 100 Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Auflage, Heidelberg/Hamburg 2011, zitiert als: HStR V/*Ossenbühl*, § 100.
- Ossenbühl, Fritz*, § 101 Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Auflage, Heidelberg/Hamburg 2011, zitiert als: HStR V/*Ossenbühl*, § 101.
- Pechstein, Matthias/Drechsler, Carola*, § 7 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015, zitiert als: Riesenhuber/*Pechstein/Drechsler*, § 7.
- Pescatore, Pierre*, The Law of Integration, Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities, Leiden 1974.
- Pfeiffer, Thomas*, Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht, StudZR 2004, S. 171–194.
- Pfeiffer, Thomas*, Richtlinienkonforme Auslegung gegen den Wortlaut des nationalen Gesetzes – Die Quelle Folgeentscheidung des BGH, NJW 2009, S. 412–413.
- Piekenbrock, Andreas/Schulze, Götz*, Die Grenzen richtlinienkonformer Auslegung – autonomes Richterrecht oder horizontale Direktwirkung, WM 2002, S. 521–529.
- Pieroth, Bodo/Aubel, Tobias*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, JZ 2003, S. 504–510.
- Pitz, Svenja*, Der Soziale Dialog und dessen demokratische Legitimation, ZEuS 2017, S. 235–257.
- Pollicino, Oreste*, Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality Between Judicial Activism and Self-restraint, German L. J. 5 (2004), S. 283–317.
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte, Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003.
- Pötters, Stephan/Christensen, Ralph*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze, JZ 2011, S. 387–394.
- Prechal, Sacha*, Remedies after Marshall, C. M. L. R. 27 (1990), S. 451–473.
- Prechal, Sacha*, Directives in EC Law, Second, Completely Revised Edition, 2. Auflage, Oxford u. a. 2005.
- Preis, Ulrich*, Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht, Der Fall „Mangold“ und die Folgen, NZA 2006, S. 401–410.
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*, Die Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen, RdA 2013, S. 211–226.
- Prütting, Hanns*, § 293 ZPO, in: Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, München 2020, zitiert als: MüKoZPO/*Prütting*, § 293 ZPO.

- Rasmussen*, Hjalte, On Law and Policy in the European Court of Justice, A Comparative Study in Judicial Policymaking, Dordrecht u. a. 1986, zitiert als: *Rasmussen*, Law and Policy.
- Rebhahn*, Robert, Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, S. 763–774.
- Rebhahn*, Robert, Überlegungen zur Bedeutung der Charta der Grundrechte der EU für den Streik und für die Kollektive Rechtsgestaltung, in: Söllner, Alfred/Gitter, Wolfgang/Waltermann, Raimund/Giesen, Richard/Ricken, Oliver (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München 2005, S. 649–660, zitiert als: *Rebhahn*, in: GS Heinze.
- Reichhold*, Hermann, Aktuelle Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Arbeitsrecht, JZ 2006, S. 549–556.
- Reimer*, Franz, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Rengeling*, Hans-Werner/*Szczekalla*, Peter, Grundrechte in der Europäischen Union, Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln 2004.
- Ress*, Georg, Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, S. 489–496.
- Reuter*, Dieter, Der Schutz des Außenseiters im Tarifrecht – funktionswidrig oder institutionell notwendig?, in: Konzen, Horst/Krebber, Sebastian/Raab, Thomas/Veit, Barbara/Waas, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk, zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2008, S. 717–740, zitiert als: *Reuter*, in: FS Birk.
- Richter*, Stefan, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten Einzelner, Zu den EuGH-Urteilen Rs. 80/86-Kolpinghuis und Rs. 152/84-Marshall, EuR 1988, S. 394–404.
- Rieble*, Volker/*Zedler*, Marc Alexander, Altersdiskriminierung in Tarifverträgen, ZfA 2006, S. 273–303.
- Riesenhuber*, Karl, Europäisches Arbeitsrecht, Eine systematische Darstellung, Heidelberg 2009.
- Riesenhuber*, Karl, Interpretation and Judicial Development of EU Private Law, The Example of the Sturgeon-Case, ERCL 6 (2010), S. 384–408.
- Riesenhuber*, Karl, § 10 Die Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015, zitiert als: *Riesenhuber/Riesenhuber*, § 10.
- Riesenhuber*, Karl/*Domröse*, Ronny, Richtlinienkonforme Rechtsfindung und nationale Methodenlehre, RIW 2005, S. 47–54.
- Ritgen*, Klaus, Entschließungs- und Inhaltsfreiheit des Verordnungsgebers bei Rechtsverordnungen nach § 1 Abs. 3a AEentG, NZA 2005, S. 673–676.
- Rixen*, Stephan, Art. 28 GRCh, in: Tettinger, Peter J./Stern, Klaus (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006, zitiert als: Kölner GK-GRCh/*Rixen*, Art. 28 GRCh.
- Robbers*, Gerhard, Art. 20 Abs. 1 GG, in: Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 207. Aktualisierung 2020, zitiert als: BK/*Robbers*, Art. 20 Abs. 1 GG.

- Rödl*, Florian/*Callsen*, Raphaël, Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion, Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtecharta?, Frankfurt am Main 2015, zitiert als: *Rödl/Callsen*, Kollektive soziale Rechte.
- Röhl*, Klaus Friedrich/*Röhl*, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre, Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Köln 2008.
- Rolfs*, Christian, Die Inhaltskontrolle arbeitsrechtlicher Individual- und Betriebsvereinbarungen, RdA 2006, S. 349–356.
- Rörig*, Ursula, Die Direktwirkung von Richtlinien in Privatrechtsverhältnissen, Eine Abgrenzung der richtlinienkonformen Auslegung vom Phänomen der Direktwirkung, Baden-Baden 2001, zitiert als: *Rörig*, Direktwirkung von Richtlinien.
- Roth*, Herbert, § 148 ZPO, in: Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung – Band 3 §§ 148–270, Tübingen 2016, zitiert als: Stein/Jonas/*Roth*, § 148 ZPO.
- Roth*, Wolfgang, Die verfassungsgerichtliche Überprüfung verfassungskonformer Auslegung im Wege abstrakter Normenkontrolle, NVwZ 1998, S. 563–567.
- Roth*, Wulf-Henning, Europäische Verfassung und europäische Methodenlehre, RabelsZ 75 (2011), S. 787–844.
- Roth*, Wulf-Henning/*Jopen*, Christian, § 13 Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, Berlin/München/Boston 2015, zitiert als: Riesenhuber/*Roth/Jopen*, § 13.
- Röthel*, Anne, Vorwirkung von Richtlinien: viel Lärm um Selbstverständliches, ZEuP 2009, S. 34–55.
- Rudkowski*, Lena, Erfurt locuta, causa non finita: Die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen bei der tarifvertraglichen Regelung des Urlaubsentgelts, SAE 2011, S. 1–6.
- Ruffert*, Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001, zitiert als: *Ruffert*, Vorrang der Verfassung.
- Ruffert*, Matthias, Art. 288 AEUV, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Calliess/Ruffert/*Ruffert*, Art. 288 AEUV.
- Rüfner*, Wolfgang, § 197 Grundrechtsadressaten, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg/Hamburg 2011, zitiert als: HStR IX/*Rüfner*, § 197.
- Rüthers*, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel, Rechtstheorie, Mit juristischer Methodenlehre, 10. Auflage 2018.
- Sachs*, Michael, Art. 20 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2018, zitiert als: Sachs/*Sachs*, Art. 20 GG.
- Sack*, Rolf, Wettbewerbsrechtliche Folgen von Richtlinien der Europäischen Union, VersR 1994, S. 1383–1387.

- Sack*, Rolf, Die Berücksichtigung der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung bei der Anwendung der §§ 1 und 3 UWG, WRP 1998, S. 241–244.
- Säcker*, Franz Jürgen, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972, zitiert als: *Säcker*, Gruppenautonomie.
- Säcker*, Franz Jürgen, Der Wille des historischen Gesetzgebers bzw. der objektive Gesetzesinn am Beispiel der Entwicklung des Eigentumsbegriffs im deutschen und chinesischen Recht, in: Huang, Hui/Säcker, Franz Jürgen/Schubert, Claudia (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht, Deutsch-chinesische Tagung vom 21.–23. 8. 2013, Tübingen 2015, S. 11–20, zitiert als: *Säcker*, in: Huang/Säcker/Schubert (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und Immobiliarsachenrecht.
- Säcker*, Franz Jürgen, Einleitung, in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 – Allgemeiner Teil – §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Auflage, München 2018, zitiert als: *MüKoBGB/Säcker*, Einl.
- Sagan*, Adam, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, Eine dogmatische Analyse des Art. 28 der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2008, zitiert als: *Sagan*, Gemeinschaftsgrundrecht.
- Sagan*, Adam, § 1 Grundlagen des europäischen Arbeitsrechts, in: Preis, Ulrich/Sagan, Adam (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Grundlagen – Richtlinien – Folgen für das deutsche Recht, 2. Auflage, Köln 2019, zitiert als: *Preis/Sagan/Sagan*.
- Sankari*, Suvi, European Court of Justice Legal Reasoning in Context, Groningen 2013, zitiert als: *Sankari*, ECJ Legal Reasoning in Context.
- Schaer*, Frank, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz als Grenzen rückwirkender Rechtsprechung im europäischen Arbeitsrecht, Baden-Baden 2010, zitiert als: *Schaer*, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz.
- Schaub*, Günter, Auslegung und Regelungsmacht von Tarifverträgen, NZA 1994, S. 597–602.
- Schaub*, Günter, EG-Recht und Tarifvertrag, in: Kohte, Wolfhard/Dörner, Hans-Jürgen/Anzinger, Rudolf (Hrsg.), Arbeitsrecht im sozialen Dialog, Festschrift für Hellmut Wißmann zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 578–587, zitiert als: *Schaub*, in: FS Wißmann.
- Scherzberg*, Arno, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, JURA 1993, S. 225–232.
- Schiek*, Dagmar, Einleitung, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, zitiert als: *Däubler/Schiek* (3. Aufl. 2012), Einl.
- Schiek*, Dagmar, Einleitung, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: *Däubler/Schiek*, Einl.
- Schiffauer*, Peter, Wortbedeutung und Rechtserkenntnis, Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie, Berlin 1979.
- Schilling*, Theodor, Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit: Rechtskulturelle Aspekte, ZEuP 2007, S. 754–784.

- Schlachter*, Monika, Gleichheitswidrige Tarifnormen, in: *Schlachter, Monika/Ascheid, Reiner/Friedrich, Hans-Wolf* (Hrsg.), *Tarifautonomie für ein neues Jahrhundert*, Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, München 1998, S. 651–673, zitiert als: *Schlachter*, in: FS Schaub.
- Schlachter*, Monika, Methoden der Rechtsgewinnung zwischen EuGH und der Arbeitsgerichtsbarkeit, *ZfA* 2007, S. 249–275.
- Schlachter*, Monika, Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, Frankfurt am Main 2014, zitiert als: *Schlachter*, Verbot der Altersdiskriminierung.
- Schlachter*, Monika, Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung und Pflicht zur Umsetzung des Unionsrechts, *EuZA* 2015, S. 1–14.
- Schlachter*, Monika, Vorbemerkungen zum AEUV, in: *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Schlachter*, Vorbem. AEUV.
- Schlaich*, Klaus/*Korioth*, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Auflage, München 2018.
- Schliemann*, Harald, Zur arbeitsgerichtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, in: *Isenhardt, Udo/Preis, Ulrich* (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft*, Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, S. 577–606, zitiert als: *Schliemann*, in: FS Hanau.
- Schmidt*, Ingrid, Art. 3 GG, in: *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Schmidt*, Art. 3 GG.
- Schmidt*, Ingrid, Art. 12 GG, in: *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Schmidt*, Art. 12 GG.
- Schmidt*, Ingrid, Einleitung GG, in: *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 21. Auflage, München 2021, zitiert als: *ErfK/Schmidt*, Einl. GG.
- Schmitt*, Laura, Anmerkung zu EuGH v. 13. 12. 2018 – C-385/17, *Torsten Hein/Albert Holzkamm GmbH & Co. KG*, *GPR* 2019, S. 249–253.
- Schmitz*, Thomas, Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht, *JZ* 2001, S. 833–843.
- Schnorbus*, York, Die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im nationalen Privatrecht, *AcP* 201 (2001), S. 860–901.
- Scholz*, Rupert, Art. 23 GG, in: *Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, München 92. EL August 2020, zitiert als: *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 23 GG.
- Schroeder*, Werner, Die Auslegung des EU-Rechts, *JuS* 2004, S. 180–186.
- Schroeder*, Werner, Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Schwind, Fritz/Hoyer, Hans/Ofner, Helmut* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre ZfRV*, Wien 2013, S. 199–212, zitiert als: *Schroeder*, in: FS 50 Jahre ZfRV.

- Schroeder*, Werner, Art. 288 AEUV, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2018, zitiert als: Streinz/*Schroeder*, Art. 288 AEUV.
- Schübel-Pfister*, Isabel, Sprache und Gemeinschaftsrecht, Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, Berlin 2004.
- Schubert*, Claudia, Der Tarifvertrag in den Schranken Europas – Die Tarifautonomie als Bestandteil der europäischen Wirtschaftsordnung, ZfA 2013, S. 1–40.
- Schubert*, Claudia, Art. 12 GRCh, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020, zitiert als: EuArbR/*Schubert*, Art. 12 GRCh.
- Schubert*, Claudia, Art. 28 GRCh, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2020, zitiert als: EuArbR/*Schubert*, Art. 28 GRCh.
- Schubert*, Jens, Der Vorschlag der Europäischen Kommission zu einer Monti-II-Verordnung, Eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie, Saarbrücken 2012.
- Schulte-Nölke*, Hans/*Busch*, Christoph, Mittelbare horizontale Direktwirkung von umgesetzten EG-Richtlinien, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, München 2007, S. 795–813, zitiert als: *Schulte-Nölke/Busch*, in: FS Canaris II.
- Schulze*, Reiner/*Hoeren*, Thomas, Dokumente zum Europäischen Recht, Band 2: Justiz (bis 1957) 2000, zitiert als: *Schulze/Hoeren*, Dokumente zum Europäischen Recht Bd. 2.
- Schürnbrand*, Jan, Die Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Privatrecht, JZ 2007, S. 910–918.
- Schwabe*, Jürgen, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971, zitiert als: *Schwabe*, Drittwirkung.
- Schweighart*, Wilma/*Ott*, Anja, Die tarifvertragliche Abdingbarkeit des gesetzlichen Urlaubsanspruchs und ihre unionsrechtlichen Grenzen, NZA-RR 2015, S. 1–5.
- Schwerdtfeger*, Angela, Art. 52 GRCh, in: Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2019, zitiert als: Meyer/Hölscheidt/*Schwerdtfeger*, Art. 52 GRCh.
- Seifert*, Achim, Mangold und kein Ende – die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH v. 19. 1. 2010 in der Rechtssache Küçükdeveci, EuR 2010, S. 802–811.
- Seifert*, Achim, § 5 TVG, in: Kempen, Otto Ernst/Zachert, Ulrich (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014, zitiert als: Kempen/Zachert/*Seifert*, § 5 TVG.
- Seiler*, Christian, § 148 ZPO, in: Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Hrsg.), Zivilprozessordnung, FamFG, Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht – Kommentar, 41. Auflage, München 2020, zitiert als: Thomas/Putzo/*Seiler*, § 148 ZPO.
- Seiwerth*, Stephan, Die Gemeinwohlbindung der Koalitionen und des Tarifvertrags, RdA 2017, S. 373–379.

- Seyr*, Sibylle, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008, zitiert als: *Seyr*, Effet Utile.
- Siegers*, Josef, Die Auslegung tarifvertraglicher Normen, DB 1967, S. 1630–1637.
- Sittard*, Ulrich, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, Zugleich ein Beitrag zur Debatte um staatliche Mindestlöhne, München 2010, zitiert als: *Sittard*, Tarifnormerstreckung.
- Sittard*, Ulrich, Keine Nachwirkung von Mindestlohtarifverträgen, NZA 2012, S. 299–304.
- Sittard*, Ulrich, Im Dschungel der Mindestlöhne – ein Versuch der Systematisierung, RdA 2013, S. 301–309.
- Sittard*, Ulrich, Teil 7 Tarifgebundenheit kraft staatlicher Anordnung, in: Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Beppler, Klaus (Hrsg.), Der Tarifvertrag, Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Auflage, Köln 2016, zitiert als: HMB/*Sittard*, Teil 7.
- Skouris*, Vassilios, Teilnichtigkeit von Gesetzen, Berlin 1973.
- Skouris*, Vassilios, Rechtswirkungen von nicht umgesetzten EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen gegenüber Privaten – neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH, ZEuS 2005, S. 463–477.
- Skouris*, Vassilios, Das Verhältnis der Grundfreiheiten zu den Gemeinschaftsgrundrechten, RdA-Beil. 2009, S. 25–30.
- Sobota*, Katharina, Das Prinzip Rechtsstaat, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997.
- Söllner*, Alfred, Grenzen des Tarifvertrags, NZA 1996, S. 897–906.
- Spetzler*, Eugen, Die richtlinienkonforme Auslegung als vorrangige Methode steuerjuristischer Hermeneutik, RIW 1991, S. 579–582.
- Spieß*, Ursula, Sozialer Dialog und Demokratieprinzip, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der legitimatorischen Kraft der Sozialpartner, Berlin 2005, zitiert als: *Spieß*, Sozialer Dialog.
- Starck*, Christian, Art. 1 Abs. 3 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 7. Auflage, München 2018, zitiert als: v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Art. 1 Abs. 3 GG.
- Steindorff*, Ernst, EG-Vertrag und Privatrecht, Baden-Baden 1996.
- Stern*, Klaus, Anmerkung zu BVerfG, NJW 1958, 1227, NJW 1958, 1435.
- Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 – Allgemeine Lehren der Grundrechte – Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München 1988, zitiert als: *Stern*, Staatsrecht III/1.
- Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 – Allgemeine Lehren der Grundrechte – Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigungen und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, München 1994, zitiert als: *Stern*, Staatsrecht III/2.

- Streinz*, Rudolf, Art. 23 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2018, zitiert als: Sachs/*Streinz*, Art. 23 GG.
- Suhr*, Jan, Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht und nationale Auslegungsmethodik, Baden-Baden 2011, zitiert als: *Suhr*, Richtlinienkonforme Auslegung.
- Temming*, Felipe, Das „schwedische Modell“ auf dem Prüfstein in Luxemburg – der Fall Laval, Anmerkungen zum Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 18. Dezember 2007 in der Rechtssache C-341/05 abgedruckt in diesem Heft S. 256, ZESAR 2008, S. 231–242.
- Thüsing*, Gregor, Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, Irritationen und Hinweise in der Rechtssache Pfeiffer: EuGH v. 5. 10. 2004, ZIP 2004, 2342, ZIP 2004, S. 2301–2305.
- Thüsing*, Gregor, § 1 TVG, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage, München 2019, zitiert als: Wiedemann/*Thüsing*, § 1 TVG.
- Thüsing*, Gregor/*Traut*, Johannes, Zur begrenzten Reichweite der Koalitionsfreiheit im Unionsrecht, RdA 2012, S. 65–73.
- Tillmanns*, Kerstin, § 7 AEntG, in: Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020, zitiert als: HWK/*Tillmanns*, § 7 AEntG.
- Tillmanns*, Kerstin, Vorbemerkungen AEUV, in: Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020, zitiert als: HWK/*Tillmanns*, Vor AEUV.
- Treber*, Jürgen, § 198 Begriff, Rechtsnatur und Stellung des Tarifvertrags zu anderen Rechtsquellen, in: Ahrendt, Martina/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Treber, Jürgen/Vogelsang, Hinrich (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 18. Auflage 2019, zitiert als: Schaub/*Treber*, § 199.
- Treber*, Jürgen, § 205 Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Ahrendt, Martina/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Treber, Jürgen/Vogelsang, Hinrich (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 18. Auflage 2019, zitiert als: Schaub/*Treber*, § 205.
- Tridimas*, Takis, Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited, YEL 21 (2002), S. 327–354.
- Ulber*, Daniel, Einleitung, in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, Mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Däubler/*Ulber*, Einl.
- Unberath*, Hannes, Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie, ZEuP 2005, S. 5–42.
- Unruh*, Peter, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion, Tübingen 2002.
- Vogenauer*, Stefan, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen – Band II, Tübingen 2001, zitiert als: *Vogenauer*, Auslegung von Gesetzen Bd. II.
- Vogenauer*, Stefan, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, S. 234–263.

- Voßkuhle*, Andreas, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, AöR 125 (2000), S. 177–201.
- Voßkuhle*, Andreas, Verfassungsgerichtsbarkeit und europäische Integration, NVwZ-Beilage 2013, S. 23–31.
- Walter*, Konrad, Rechtsfortbildung durch den EuGH, Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre, Berlin 2009.
- Waltermann*, Raimund, Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG im Licht der europarechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie, EuZA 2015, S. 15–29.
- Wank*, Rolf, Die Auslegung von Tarifverträgen, RdA 1998, S. 71–90.
- Wank*, Rolf, § 1 TVG, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 7. Auflage, München 2007, zitiert als: Wiedemann/*Wank* (7. Aufl. 2007), § 1 TVG.
- Wank*, Rolf, § 5 TVG, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 7. Auflage, München 2007, zitiert als: Wiedemann/*Wank* (7. Aufl. 2007), § 5 TVG.
- Wank*, Rolf, § 2 Rangkonforme Auslegung und Europarecht, in: Karakostas, Ioannis K./Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der europäischen Rechtsangleichung, Berlin 2011, S. 15–35, zitiert als: *Wank*, in: Karakostas/Riesenhuber (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen der europäischen Rechtsangleichung.
- Wank*, Rolf, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, Baden-Baden 2013.
- Wank*, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, München 2015.
- Wank*, Rolf, § 1 TVG, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage, München 2019, zitiert als: Wiedemann/*Wank*, § 1 TVG.
- Wank*, Rolf, § 5 TVG, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 8. Auflage, München 2019, zitiert als: Wiedemann/*Wank*, § 5 TVG.
- Weber*, Martin, Grenzen EU-rechtskonformer Auslegung und Rechtsfortbildung, Baden-Baden 2010.
- Wedderburn*, Bill, Inderogability, Collective Agreements, and Community Law, Ind.L.J. 21 (1992), S. 245–264.
- Wiedemann*, Herbert, Einleitung, in: Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, 7. Auflage, München 2007, zitiert als: Wiedemann/*Wiedemann* (7. Aufl. 2007), Einl.
- Wiedemann*, Herbert, Gedanken zum allgemeinen Gleichheitsgebot und zur mittelbaren Diskriminierung, in: Creutzfeldt, Malte/Hanau, Peter/Thüsing, Gregor/Wißmann, Hellmut (Hrsg.), Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft, Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 605–618, zitiert als: *Wiedemann*, in: FS Bepler.
- Wiedemann*, Herbert/*Mangen*, Kurt G., Anmerkung zu BAG, Urt. v. 14.12.1982 – 3 AZR 251/80, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Besitzstand.

- Wiedemann, Herbert/*Peters*, Harald, Neuere Rechtsprechung zur Bedeutung des Gleichheitsatzes für Tarifverträge, RdA 1997, S. 100–108.
- Wiedemann, Herbert/*Stumpf*, Hermann, Tarifvertragsgesetz, Mit Durchführungs- und Nebenvorschriften – Kommentar, 5. Auflage, München 1977, zitiert als: *Wiedemann/Stumpf*, TVG.
- Wiedemann, Herbert/*Willemsen*, Heinz Josef, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 20.4.1977 – 4 AZR 732/75, AP Nr. 111 zu Art. 3 GG.
- Wißmann, Hellmut, Unionsrechtskonforme Auslegung von Tarifverträgen?, in: Creutzfeldt, Malte/Hanau, Peter/Thüsing, Gregor/Wißmann, Hellmut (Hrsg.), Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft, Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 649–659, zitiert als: *Wißmann*, in: FS Bepler.
- Wißmann, Tim, 4. Kapitel: Inhalt und Geltungsbereich des Tarifvertrags, in: Thüsing, Gregor/Braun, Axel (Hrsg.), Tarifrecht, Handbuch, 2. Auflage, München 2016, zitiert als: Thüsing/Braun/*Wißmann*, 4. Kap.
- Wölker, Ulrich, Die Normenhierarchie im Unionsrecht in der Praxis, EuR 2007, S. 32–57.
- Worzalla, Michael, § 75 BetrVG, in: Hess, Harald/Worzalla, Michael/Glock, Dirk/Nicolai, Andrea/Rose, Franz-Josef/Huke, Kristina (Hrsg.), BetrVG, Kommentar, 10. Auflage, Köln 2017, zitiert als: HWGNRH/*Worzalla*, § 75 BetrVG.
- Wyatt, Derrick, The Direct Effect of Community Social Law – Not Forgetting Directives, E.L. Rev. 8 (1983), S. 241–248.
- Zimmer, Reingard, Soziale Grundrechte in der EU, Das Arbeitskampfrecht nach in-Kraft-Treten des Vertrags von Lissabon, AuR 2012, S. 114–119.
- Zimoch-Tucholka, Julita/*Malinowska-Hyla*, Monika, Arbeitsrecht in Polen, in: Henssler, Martin/Braun, Axel (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 3. Auflage, Köln 2011, zitiert als: Henssler/Braun/*Zimoch-Tucholka/Malinowska-Hyla*, Polen.
- Zippelius, Reinhold, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts – Zweiter Band, Verfassungsauslegung, Tübingen 1976, S. 108–124, zitiert als: *Zippelius*, in: BVerfG und GG Bd. II.
- Zöllner, Wolfgang, Das Wesen der Tarifnormen, RdA 1964, S. 443–450.
- Zöllner, Wolfgang/*Hergenröder*, Curt Wolfgang/*Loritz*, Karl-Georg, Arbeitsrecht, 7. Auflage, München 2015.

Sachverzeichnis

Allgemeinverbindlicherklärung

- Inhalt 312 ff.
- Rechtsnatur 308 f.
- richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung 316 ff.
- Teil-Allgemeinverbindlicherklärung 309 ff.
- Verfahrensablauf 307 f.

Art. 28 Var. 1 GRCh 284 ff.

- Anwendungsbereich 286 ff.
- Gewährleistungsgehalt 288 ff.
- persönlicher Schutzbereich 288 ff.
- sachlicher Schutzbereich 290 ff.

Beispielsfall 31 ff., 211 f., 230 f., 303 ff., 320 f., 331 f.

Ergänzende Auslegung des schuldrechtlichen Tarifvertrags teils *siehe* Tarifvertragsfortbildung, schuldrechtlicher Teil Europäische Methodenregeln 71 f.

Frustrationsverbot 39 f., 197

Grundrechtsbindung der Zivilgerichte 245 ff.

Grundrechtskontrolle

- Betriebsvereinbarung 242 ff.
- Tarifverträge 237 ff.
- tarifvertragliche Betriebsnormen 239 ff.
- tarifvertragliche Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen 238 f.

Judikative Umsetzungspflicht 38 f., 253 ff.

- Rechtsprechung des EuGH 234 f.
- systematische Auslegung 284 ff.
- teleologische Auslegung 279 ff.

Mitgliedstaat i. S. d. Art. 288 Abs. 3 AEUV 175 ff., 195 f.

Organkompetenz des EuGH 125

Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung 125 f., 192, 207

Rechtsfindung im Primärrecht 112 ff.

- Auslegungsmittel 114 ff., 128
- Differenzierung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung 120 ff., 129
- *effet utile* 116 f.
- Grenzen der Primärrechtsfortbildung 125 ff.
- historische Auslegung 117 f.
- keine Wortlautgrenze 118 f.
- kein Rangverhältnis der Auslegungsmittel 118
- möglicher Wortsinn als Auslegungsgrenze 122 f.
- Prämissen 128 f.
- Primärrechtsfortbildung 124 ff., 128 f.
- systematische Auslegung 116
- teleologische Auslegung 116 f.
- Wortlautauslegung 114 ff.
- Ziel 112 f., 128

Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG 322 ff.

- Außenseiterarbeitsverhältnis 324 ff.
- richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung 328 ff.
- tarifgebundenes Arbeitsverhältnis 327 f.
- Verfahrensablauf 323 f.

Regelungsabsicht 71 ff.

- konkrete Regelungsabsicht 87 f.

Richtlinienbindung der Tarifvertragsparteien 136 f., 146 ff.

- Auslegung des Art. 288 Abs. 3 AEUV 174 ff.
- Begriff 174
- deutsches Schrifttum 171 f.
- Diskriminierungsverbot 185
- Effektivität des Art. 288 Abs. 3 AEUV 186 ff.

- Fortbildung des Art. 288 Abs. 3 AEUV 180 ff.
- Frustrationsverbot 197
- gesetzgeberähnliche Stellung 189 ff.
- private Tarifvertragsparteien 173 ff.
- Rechtsprechung des BAG 164 ff.
- Rechtsprechung des EuGH 146 ff.
- staatliche Tarifvertragsparteien 195 f.
- Systematik des Art. 288 AEUV 180 ff.
- teleologische Erwägungen 185 ff.
- Übertragung der Richtlinienumsetzung auf Sozialpartner 194
- Unterlassungspflicht 158 f.
- Richtlinienkonforme Auslegung und Fortbildung von Tarifverträgen 131 ff., 199 ff., 233 ff.
- allgemeinverbindliche Tarifverträge 138, 315
- Auffassung des BAG 13.3 f
- Auffassung des EuGH 131 ff.
- Auffassung von Landesarbeitsgerichten 135 f.
- deutsches Schrifttum 136 ff.
- Konformitätswille 209 f.
- nationale Pflicht 199 ff.
- nationale Vorrangregel zum Erhalt der Tarifvertragsanwendbarkeit 213 ff.
- normativer Tarifvertragsteil 224 ff.
- Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG 328 ff.
- richtlinienkonforme Tarifvertragsfortbildung 227 ff.
- Schrifttum 235 f.
- schuldrechtlicher Tarifvertragsteil 227
- Tarifverträge als nationales Recht 137
- Umsetzungspflicht der nationalen Gerichte 138 f.
- unionsrechtliche Pflicht 233 ff.
- Verletzung der Verbindlichkeitsgrenze 274 ff.
- Wille der Tarifvertragsparteien 136, 199 ff.
- Richtlinienkonforme Gesetzesauslegung 65 ff.
- Ergebnisvorrang 67 f.
- Interpretatorische Vorrangregel 66 f., 86
- Richtlinienkonforme Rechtsfindung 46 ff.
- Begriff 46
- contra legem-Grenze 52 f., 58, 75 ff., 86, 89 f.
- Geltungsgrund der Pflicht 54 f., 60 ff., 81 ff.
- Inhalt der unionsrechtlichen Pflicht 85
- Prämissen 81 ff.
- Rechtssicherheit 51 f., 77 ff., 90
- Rückwirkungsverbot 51, 77
- Vertrauensschutz 77 ff., 90
- zeitlicher Beginn der Pflicht 50, 57, 74, 88 f.
- Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung 55 ff., 68 ff., 86 ff.
- Planwidrigkeit 69 ff.
- Unvollständigkeit des Gesetzes 68 f.
- Richtlinienwirkung gegenüber Privaten 254 ff.
- belastende Richtlinienwirkung 258 ff.
- EuGH 257 ff.
- Schrifttum 267 ff.
- Sicherungsfunktion der Judikative 281 ff.
- Sozialer Dialog 181 ff.
- Tarifauskunft 202 f.
- Tarifgeltungserstreckung durch die Exekutive 305 ff., *siehe* Allgemeinverbindlicherklärung, *siehe* Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG
- Tarifvertragsauslegung 91 ff.
- gesetzeskonforme Tarifvertragsauslegung 144
- normativer Teil 92 ff., 107
- schuldrechtlicher Teil 98 f., 108
- verfassungskonforme Tarifvertragsauslegung 140 f.
- Tarifvertragsfortbildung 91 ff.
- Begrifflichkeiten 99 f.
- Lücke 100
- Lückenfeststellung 100 ff.
- Lückenschließung 100 ff.
- mehrere Möglichkeiten zur Lückenschließung 103 f., 109
- normativer Teil 99 ff., 108 ff.
- Prämissen 107 ff.
- schuldrechtlicher Teil 106 f., 110 f.
- Verfahrensaussetzung 104 ff., 110
- verfassungskonforme Tarifvertragsfortbildung 141 ff.

- Tarifvertragspartei
 - private Tarifvertragspartei 173
 - staatliche Tarifvertragspartei 173
- Umsetzungspflicht *siehe* judikative Umsetzungspflicht
- Umsetzungswille 71 ff.
 - genereller Umsetzungswille 71 f., 87 f.
 - konkreter Umsetzungswille 87 f.
 - vermuteter Umsetzungswille 71 f., 87
- Unanwendbarkeit richtlinienwidriger Tarifvertragsbestimmungen 220 ff.
- Unmittelbare Richtlinienwirkung 40
 - keine horizontale 43 ff., 258
 - Unanwendbarkeit richtlinienwidriger Tarifvertragsbestimmungen 220 ff.
- Verbandskompetenz der EU 125 ff., 192
- Verbindlichkeitsgrenze 253 ff.
 - EuGH 257 ff.
 - unzulässige Richtlinienwirkung gegenüber Privaten 256 ff.
- Verfassungskonforme Gesetzesauslegung 214 ff.
- Verfassungskonforme Gesetzesfortbildung 216 ff.
- Wille der Tarifvertragsparteien 199 ff.
 - kein unionsrechtliches Gebot zur Vermutung einer richtlinienkonformen Regelungsabsicht 205 ff.
 - kein vermuteter Wille zur richtlinienkonformen Regelung 203 ff.
 - Tarifauskunft 202 f.
 - Vorrang des Regelungswillens 209 f.
 - Willensermittlung 201 ff.