

Neues Auslegungsrecht: Der Two-Pencil-Test

Das BAG kombiniert bei der Gesetzesauslegung bisher die Grundsätze des Lüth-Urteils (*BVerfGE* 7, 198 = *NJW* 1958, 257) mit den Grundsätzen zur richtlinienkonformen Auslegung. Die auslegungsrelevante Wertordnung bilden dabei die Wertnormen des Grundgesetzes. Aus jüngerer Zeit sei etwa verwiesen auf das BAG, *NZA* 2011, 905, wo es um die Interpretation des § 14 II 2 *TzBfG* und dort die Tatbestandsmerkmale „bereits zuvor“ ging. Trotz des Umstands, dass u. a. eine Determinierung durch die Richtlinie 1999/70/EG vorlag, lässt das BAG bei der Auslegung die europäischen Grundrechte völlig außen vor und legt allein im Lichte der Wertordnung des Grundgesetzes aus (*BAG*, *NZA* 2011, 905 Rdnrn. 24, 27).



Dieses Verfahren ist jetzt obsolet. Das *BVerfG* hat nämlich in seiner Entscheidung vom 19. 7. 2011 (*NJW* 2011, 3428) Auslegungsgrundsätze vorgegeben, die schlagwortartig als „Two-Pencil-Test“ charakterisiert werden können. Danach ist zunächst die Gesamtheit der entscheidungsrelevanten Rechtssätze festzustellen. In diesen Rechtssätzen sind dann – two pencils – einerseits (pencil 1) die Tatbestandsmerkmale zu markieren, bei denen der nationale Gesetzgeber im Verhältnis zur EU keinen Umsetzungsspielraum in Anspruch genommen hat und andererseits (pencil 2) diejenigen Merkmale, bei denen das nicht der Fall ist. Für die erstgenannte Gruppe von Tatbestandsmerkmalen sind bei der Auslegung die Wertnormen der europäischen Grundrechte (*GrCh* und *EMRK*) heranzuziehen. Bei der zweiten Gruppe gilt als primärer Auslegungsmaßstab die Wertordnung des Grundgesetzes wobei das *BVerfG* in der genannten Entscheidung vom 19. 7. 2011 auch vorgibt, dass selbst das Grundgesetz gegebenenfalls wortlautreduzierend unionskonform anzuwenden ist. Das bedeutet, dass dem *BVerfG* zufolge auch bei den mit „Pencil 2“ markierten Tatbestandsmerkmalen bei der Auslegung mittelbar die objektive europäische Wertordnung einzubeziehen ist.

Wichtig ist in diesem Kontext, dass das *BVerfG* mit dem Ergebnis des Two-Pencil-Tests unmittelbar die Vorlagepflichten der Fachrichter gem. Art. 267 AEUV verknüpft. Dabei sollen schon ungeklärte Auslegungsfragen betreffend die Grundrechtecharta oder die *EMRK* die Vorlagepflicht an den *EuGH* auslösen. Nachdem insbesondere zur *GrCh* noch kaum obergerichtliche Judikatur vorliegt und sich deren arbeitsrechtlicher Gehalt von dem des Grundgesetzes unterscheidet, könnte diese Vorgabe des *BVerfG* bei der ohnehin schon vorlagefreudigen Arbeitsgerichtsbarkeit zu einem „Vorabentscheidungs-Tsunami“ führen.

Es bleibt dann abzuwarten, ob der *EuGH* unter Berücksichtigung eines Beitritts der EU zur *EMRK* und unter Verweis auf den EU-Determinierungsgrad nationalen Rechts zur Vereinheitlichung der Gesetzesinterpretation in Europa einfach die objektive europäische Wertordnung als allgemeinen Maßstab für die Gesetzesauslegung feststellt.

Rechtanwalt Dr. Thomas Ritter, Berlin