

13. ZAAR-Kongress:
„Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht“



am Freitag, 13. Mai 2016
im Paulaner am Nockherberg, München

Nachdem die Produktion europäischer Rechtsakte auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in den letzten zehn Jahren zurückgegangen ist – die einzige Neuschöpfung war die Richtlinie über die Arbeitnehmerüberlassung (2008) –, befindet sich das Europäische Arbeitsrecht legislatorisch in einer Phase der Konsolidierung durch Überarbeitung bestehender Regelwerke. Umso mehr Beachtung findet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs: Judikate wie in den Rechtssachen Schultz-Hoff zum Urlaubsrecht, Küçük zum Recht der befristeten Arbeitsverhältnisse oder Balkaya zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen stehen beispielhaft für Einschnitte in das deutsche Arbeitsrecht. Die verbreitete Konzentration auf das jeweils Neueste erschwert jedoch das systematische Denken.

Stattdessen soll der 13. ZAAR-Kongress, losgelöst von aktuellen „Aufregern“ der Spruchpraxis des EuGH, grundsätzlich der Frage nachgehen, wie weit sich auf den harmonisierten Teilgebieten des individuellen Arbeitsrechts eine europäische Dogmatik herausgebildet hat. Das Erkenntnisziel ist nicht eine Bestandsaufnahme, sondern der Ansatz zu einer Weiterentwicklung des angeglichenen Rechts durch Diskussion gebietsübergreifender Argumentationsmuster und Methoden der Rechtsfindung. Nach einem einführenden Grundlagenreferat soll die Frage nach einer europäischen Systembildung für vier wichtige Teilbereiche – Nichtdiskriminierungsrecht, Arbeitnehmerüberlassung, Befristung und Massenentlassungen – auf der Basis von Referaten ausgewiesener Kenner der Materien erörtert werden.

Wir freuen uns, mit Ihnen über dieses Thema diskutieren zu dürfen.

I. Methodenfragen (der Systembildung) im Europäischen Arbeitsrecht



Der diesjährige Kongress begann mit einem Grundlagenreferat von *Professor Dr. Karl Riesenhuber* (Ruhr-Universität Bochum) zu der zentralen Frage der Methode der Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht. Nach einer relativ ausführlichen Erläuterung, was die verschiedenen zu besprechenden Gliederungspunkte zu der Frage der Systembildung beitragen werden, erläuterte der Referent vorab, was unter System und Systembildung zu verstehen sei. Einerseits stelle ein System eine äußere Ordnung des Rechtsstoffs, wie etwa im Rahmen des BGB, dar. Die Rückführung der Regelungen auf tragende Rechtsprinzipien stelle dagegen die innere Ordnung dar. Beide Systembegriffe seien wichtig und hingen miteinander zusammen. Die Systembildung könne von verschiedenen Stellen, wie dem Gesetzgeber, welcher allein zur äußeren Systembildung beitragen könne, idealerweise aber auch die innere Systembildung

fördere; aber auch von der Rechtsprechung oder der Wissenschaft wahrgenommen werden. Das Europäische Arbeitsrecht habe was sein System angehe einen schlechten Ruf, wie das Zitat von *Professor Dr. Junker von 1994* „es sei seit 1975 ohne System“ zeige. Somit sei zu untersuchen, ob dieser Ruf so heute noch gerechtfertigt sei. Fraglich sei, wie Systembildung in einem System mit mehreren Ebenen, wie dem der Europäischen Union, funktionieren könne. Wie stelle sich die Funktionsverteilung zwischen den nationalen Gesetzgebern und dem der dritten Ebene – der Europäischen Union dar? Zu unterscheiden sei zwischen einem Harmonisierungskonzept der Regelungsbereiche und der „punktuellen“ Rechtssetzung, welche ähnlich dem Pointillismus der Malerei erst von weitem ein einheitliches Bild ergebe. Die Tatsache, dass nur punktuelle Regelungen erfolgen, bedeute nicht zwingend, dass kein System bestehe. Die Rechtsquellenlehre wurde nur sehr kurz angesprochen. Man könne die ernüchternde Auffassung von *Seifert* teilen. Er sehe dagegen sehr wohl Systembezüge zwischen Arbeitsrecht und Vertragsrecht. Diese bestünden etwa bei individuellen Informationspflichten oder dem Rückgriff auf privatrechtliche Prinzipien. Dem werde auch in der entsprechenden Fachliteratur Rechnung getragen. Außerdem wolle er auf die Feststellung *Seiferts* zur Anwendung der rechtsvergleichenden Methode im Europäischen Arbeitsrecht eingehen. Private Initiativen bilden aus nationalen Rechtsordnungen gemeinsame Regelungskonzepte, wie etwa die „Principals of European Contract Law“ heraus. Diese enthielten keine spezifisch arbeitsrechtliche Regelung. Für die Systembildung seien solche privatrechtlichen Regelungsideen irrelevant.

Die Sicht des Unionsgesetzgebers wurde kurz dargestellt. Dieser ginge von den nationalen Arbeitsrechtsordnungen aus. Diese würden durch das nationale Kollisionsrecht koordiniert und durch die Grundfreiheiten, welche Hindernisse des grenzüberschreitenden Verkehrs beseitigt hätten, ergänzt. Der Unionsgesetzgeber besäße eine beschränkte Rechtssetzungskompetenz, wobei einzelne Regelungen im Rahmen ihres Regelungsumfelds zu würdigen seien.

Regelungsbereiche wie etwa Arbeitsschutz, Antidiskriminierung, atypischer Arbeitsverhältnisse oder Massenentlassung seien klare Ansatzpunkte für eine äußere und innere Systembildung. Dem Europäischen Arbeitsrecht lasse sich daher heute ein Harmonisierungskonzept entneh-

men. In zahlreichen Bereichen fänden sich, wie eben dargestellt, logisch aufeinander aufbauende Regelungen. Der eingangs erwähnte pauschale Vorwurf der Rechtssetzung „ohne System und Konzept“ könne daher heute in dieser Art und Weise nicht mehr bestätigt werden.

Der zweite Teil des Vortrags gliederte sich in zwei Abschnitte: die Systemkompetenz und die Elemente richterlicher Systembildung. Zu der Frage der Stellung des EuGHs bestünden zwei Grundpositionen. Teils werde der Systemnachvollzug, teils die Systembildung als Aufgabe gesehen. Für erstere Ansicht stehe etwa *Höpfner*, welcher die Systembildungskompetenz des EuGHs weitgehend ablehne. *Grundmann* spreche sich dagegen für eine sehr weitreichende Systembildungskompetenz aus. Letzterer sehe den EuGH als „pontifex ulterior“, als zweiten Systembildner mit weitreichenden Kompetenzen. An die Darstellung dieser möglichen Extrempositionen schloss der Referent die Analyse der Grundlagen der Systemkompetenz an. Nach deutschem Verständnis bestünde nach Art. 20 Abs. 3 GG der Grundsatz der Gewaltenteilung. Die Gerichte stellten daher nicht die Normsetzende kraft dar. Sie hätten die Gesetze anzuwenden und keine eigene Gerechtigkeitsvorstellung zu entwickeln. Auf Unionsebene gebe es keinen Gewaltenteilungsgrundsatz. Ähnlich einschränkend wirke für die Rechtsprechung auf Unionsebene aber das System des institutionellen Gleichgewichts. Sowohl EUV als auch AEUV trenne die Gesetzgebung von der Gesetzauslegung. Für die Systembildungsaufgabe des EuGHs werde unter anderem angeführt, dass der EuGH als „höchststrangiges“ Gericht mehr gestalten dürfe als nationale Gerichte. Dieses Argument gehe fehl, da hinsichtlich der Normsetzungskompetenz ein Vergleich zwischen Gericht und Gesetzgeber und nicht zwischen verschiedenen Gerichten vorzunehmen sei. Die nur mittelbare Legitimation der Unionsorgane legitimiere ebenso wenig. Auch das angeführte Argument der „Dynamik“ des Unionsrechts spreche nach Auffassung des Referenten eher gegen eine Kompetenz der Rechtsprechung zur Systembildung. Letztlich könne auch nicht überzeugen, dass die Rechtsprechung funktionell überlegen sein solle. Es müsse bedacht werden, dass es nicht steuerbar sei, welche Fälle zu Gericht kämen. Der Einzelfall scheine ihm ein schlechter Systembildner. Auch funktionell sei der EuGH nicht geeignet.

Die Elemente der richterlichen Systembildung hielt der Referent so für beschränkt. Primäres Ziel jeder Auslegung müsse der subjektive Gesetzgeberwille sein. Weiter sei die systematische Auslegung ein selbstverständliches und etabliertes Element auch im Bereich der europäischen Rechtsordnung. Die Rangfolge der Auslegungskriterien beschrieb der Referent beginnend mit dem Wortlaut mit absteigendem Gewicht über Telos hin zur Auslegung anhand der Entstehungsgeschichte. Dies spiegle auch die eingangs erläuterte Systematik wieder. Gerade durch letztere könne bis hin zur Grenze der Willkür ein Zwang zur unsystematischen Auslegung begründet werden. Systembrüche müssten bis zur Grenze der Willkür hingenommen werden. Im Rahmen dieser Tagung sei neben der eben erläuterten einzelaktspezifischen Auslegung besonders interessant, wie eine rechtsaktübergreifende systematische Auslegung im Europäischen Arbeitsrecht stattfinde. Diesbezüglich sei hinsichtlich der Wortlautauslegung anzumerken, dass grundsätzlich die Relativität der Rechtsbegriffe im Rahmen des Unionsrechts zu beachten sei. Dennoch spreche auch im Europäischen Arbeitsrecht viel für ein einheitliches Verständnis der Rechtsbegriffe, insbesondere dann, wenn eine Regelung auf einer anderen aufbaue.

Der Vortrag endete mit der Analyse, ob Ausnahmen eng auszulegen seien. In Deutschland würde dies verneint. Der EuGH bejahe dies dagegen. Eine Auslegung müsse im Europäischen Arbeitsrecht nach den allgemeinen Grundsätzen erfolgen. Der EuGH scheine auch verschiedene Arten von Ausnahmen (systemfremd, technische, teleologische) anzuerkennen. Er fasse dies unter der Bezeichnung der „praktischen Wirksamkeit“, welche in Deutschland weitgehend den Prinzipien der teleologischen Auslegung entspreche. Ausnahmen seien nicht zwingend eng zu verstehen.

I. Methodenfragen (der Systembildung) im Europäischen Arbeitsrecht

Diskussion:

Das Gespräch mit den Teilnehmern unterstrich nochmals, dass in einer Demokratie nicht der Klügere, sondern der demokratisch legitimierte entscheide. Weiter wurde zu Bedenken gegeben, dass wegen dem starken Kontextbezug der EuGH-Rechtsprechung Rückschlüsse aus dieser EuGH-Rechtsprechung für eine Systembildung nur äußerst vorsichtig und begrenzt gezogen werden dürften.

II. Schutz besonderer Persönlichkeitsrechte durch arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote



Professor Dr. Jochen Mohr (Technische Universität Dresden) stellte zu Beginn klar, dass es um Abwehrrechte und nicht um Gleichheitsrechte gehe. Im Rahmen dieses Vortrages wolle er einen übergreifenden Normzweck eines Rechts gegen Diskriminierung herausarbeiten und dessen Tatbestandsmerkmale auslegen. Primärrechtlich sei der zentrale Ausgangspunkt gegen Diskriminierung die Gleichbehandlung von Mann und Frau in Beschäftigungsfragen (Art. 119 EWG). Zentrale Frage werde daher sein, wie die Gleichbehandlung mit dem Diskriminierungsverbot zusammenhängen. Diese Regelung weise neben einem Marktbezug eine sozialpolitische Funktion auf. Der Begriff „sozial“ helfe für die Festlegung des Schutzzwecks nicht weiter, da dieser zu unterschiedlich interpretiert werde. Im Sekundärrecht schütze die RL 2006/54/EG vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts; RL 2000/43/EG vor Diskriminierung wegen

der Rasse und ethnischer Herkunft. Kurz klargestellt sei, dass es unter Menschen keine Rassen gebe. Dieses Merkmal schütze vor anderen zugeschriebenen Rassen und beruhe nicht auf einem Wirklichkeitsbefund. Die RL 2000/78/EG sei mehrfach verschärft worden. Dies rufe vermehrt Verteilungsfragen hervor. Wie die Rechtsordnung Konflikte zwischen geschützten Personen auflöse sei vom Rechtsanwender hinzunehmen. Der EuGH sehe das Grundrecht auf Schutz vor Diskriminierung als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts an. Daher seien die Diskriminierungsverbote nicht allein in den RL selber verankert. Die RL konkretisierten lediglich für bestimmte Bereiche die grundrechtlichen Verbote. Seit dem Vertrag von Lissabon enthalte auch Art. 21 Abs. 1 EU-GRC ein Grundrecht auf Schutz vor Diskriminierung. Schon deren Formulierung „insbesondere Verbot der Diskriminierung wegen (...)“ zeige, dass derzeit noch nicht das Maximum des Schutzniveaus erreicht sei. Art. 21 EU-GRC sei staatsgerichtet und gelte normativ. Folglich müssten auch die oben aufgeführten RL gegen Diskriminierung unter Berücksichtigung des Art. 21 EU-GRC, sowie den Grundrechten des Arbeitgebers (Art. 16, 17 EU-GRC, sowie aus Grundfreiheiten Art. 26 ff AEUV) ausgelegt werden. Damit bilden die Normen der EU-GRC den Rahmen der Richtlinienanwendung. Der Schutz der RL ginge nicht über den der Grundrechte hinaus. Vermittelt durch die RL käme so auch den Grundrechten Drittwirkung im Privatrecht zu. Der Referent erinnerte daran, dass sich Arbeitnehmer neben dem allgemeinen Diskriminierungsschutz aus Art. 21 und 23 EU-GRC auch auf die Berufsfreiheit (Art. 15 EU-GRC) berufen könnten – auf Arbeitgeberseite Art. 16, 17 EU-GRC. Der Diskriminierungsschutz gelte nie grenzenlos. Berechtigte Interessen Dritter müssten mit berücksichtigt werden (Bsp.: Zulässigkeit von Ablehnung eines männlichen Nachtbetreuers in Mädcheninternat). Die Frage, ob eine Förderung eine bestehende Diskriminierung fordere oder auch auf einer ehemals historisch bestandenem beruhen könne, werde in Deutschland, entgegen der Diskussion in den USA, noch nicht erörtert.

Es habe sich eingebürgert, die Begriffe Diskriminierungsverbote und Gleichbehandlung verbal gleichzusetzen. Nicht überraschend sei daher auch, dass die Diskriminierungsverbote inhaltlich mit sozialen Aspekten aufgeladen würden. Dogmatisch sei diese Gleichstellung nicht gut, da die

Diskriminierungsverbote immer noch Abwehrrechte zum Schutz individueller Persönlichkeitsrechte darstellten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz würde sektorspezifisch auch von den RL als Diskriminierungsverbot verstanden. Im Rahmen des Vortrags wurde auf die geschützten Merkmale des Geschlechts und des Alters besonders eingegangen: Letzteres nehme eine Sonderstellung ein, da hier sowohl ökonomische als auch gesellschaftlich akzeptierte Typisierungen denkbar seien. Diesem Merkmal lägen komplexe Wertungsfragen zugrunde. Dies verdeutliche das ursprüngliche Verständnis der Altersrente als sozialer Fortschritt; wohingegen heute Fragen der Altersdiskriminierung im Mittelpunkt der Diskussion stünden. Historisch verfestigte Differenzierungen anhand des Alters müssten daher auf ihre sozialpolitische und betriebswirtschaftliche Berechtigung hin überprüft werden. Oftmals stehe das Alter nur stellvertretend für gesellschaftlich anerkannte Differenzierungsmerkmale. Eine Differenzierung sei da nicht rechtswidrig. Voraussetzung des Diskriminierungsschutzes sei nämlich, dass sich die Differenzierung negativ auf die Person auswirke und diese in ihrer Persönlichkeit zurücksetze. Die Beurteilung einer arbeitsrechtlichen Diskriminierung müsse immer einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Fähigkeiten des Arbeitnehmers erzielen. Da Unternehmen nicht Gemeinwohlinteressen unterlägen, sei die Beschränkung des legitimen Ziels durch den EuGH auf nur sozialpolitische Ziele unklar. Für das Merkmal des Geschlechts sei das biologische Geschlecht heranzuziehen, wobei Schwanger- und Mutterschaft als Diskriminierung einer Teilgruppe erfasst würden. Wegen des Schutzes der individuellen Persönlichkeit sei besonders zu betonen, dass der Arbeitgeber nicht an vorhandene gesellschaftliche Rollenverteilung anknüpfen dürfe. Vielmehr müsse der Arbeitnehmer sich frei entscheiden können.

Abschließend ging der Referent auf die unmittelbare Diskriminierung ein und stellte klar, dass die mittelbare Diskriminierung keinen eigenständigen Gerechtigkeitsgehalt habe, sondern lediglich eine Nachweiserleichterung darstelle. Die auf mittelbar diskriminierendem Verhalten beruhende Vermutungswirkung der Diskriminierung sei wiederlegbar. Für die unmittelbare Diskriminierung müsse gerade eine Benachteiligung „wegen“ eines geschützten Merkmals vorliegen. Die Rechtswidrigkeitsfeststellung erfolge im Wege einer Interessenabwägung entweder offen oder durch den Gesetzgeber vorstrukturiert. Die herrschende Meinung knüpfe objektiv an das geschützte Merkmal an. Meist werde dies nicht reichen, so dass weitere Merkmale heranzuziehen seien. Der EuGH nehme im Ergebnis eine Rechtswidrigkeitsprüfung vor, bezeichne diese nur anders. So entspreche auch die Prüfung der subjektiven Motivation in etwa dem Verschuldenselement. Wegen der bestehenden Nachweiserleichterung durch Indizien für den Arbeitnehmer, stelle auch die subjektive Motivation keine besondere Hürde dar. Der Vortrag endete mit der Feststellung, dass die Motivbündelrechtsprechung des BAG die Vorgaben des EuGHs verschärfe ohne dadurch die Persönlichkeit der Beschäftigten besser zu schützen. Es könne durch diese Rechtsprechung zur Annahme einer in Wirklichkeit nicht vorliegenden Diskriminierung kommen; dies sei nicht nachvollziehbar.

II. Schutz besonderer Persönlichkeitsrechte durch arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote

Diskussion:

Auf diesen grundlegenden Ausführungen aufbauend, arbeitete die folgende Diskussion unter anderem heraus, wann eine wesentliche berufliche Anforderung geschlechtsbezogen sein könne und inwieweit im Arbeitsrecht neben Art. 3 GG privatautonome Entscheidungen möglich seien. Dazu wurde abschließend festgestellt, dass sich Art 21 EU-GRC an den Staat richte und diesen so nicht entgegenstünde.

III. Recht der Arbeitnehmerüberlassung



Nach der Mittagspause gab *Professor Dr. Burkhard Boemke* (Universität Leipzig) anhand der Funktion und der Dauer der Überlassung von Arbeitnehmern, sowie der Untersuchung der europarechtlichen Grenzen der Gleichbehandlung einen Einblick in das Recht der Arbeitnehmerüberlassung. Das Leiharbeitsverhältnis als solches sei nicht erst nach den Missbrauchsgesetzen der Harzreform als prekär, also als Ausnahmezustand gesehen worden. In diesem Sinne werde auch der Referentenentwurf von 2016 weitere Verschärfungen bringen. Aus der Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung, Auftragsspitzen oder Ausfälle abzudecken werde für das nationale Recht viel hergeleitet. Trotz dieses weit verbreiteten revisionistisch-regulatorischen Ansatzes, nach welchem Leiharbeit nicht den normalen Arbeitsbedarf decken dürfe, sei diese nach Art. 12 GG als nicht verbotene Arbeitnehmervermittlung zulässig. Dies ergebe

sich aus einer privatautonomen Betrachtung des Normalarbeitsverhältnisses, welches keiner Begrenzung seines Anwendungsbereiches unterläge. Die Anknüpfung müsse so an den Arbeitnehmer, also personen- und nicht arbeitsplatzbezogen erfolgen. Deswegen gehe die Anrechnung im Fall eines Verleiherwechsels systematisch fehl.

Nach diesen nationalen Betrachtungen analysierte der Referent, welche Funktion der europäische Rahmen der Leiharbeit zumesse. Der Kernansatz der regulatorisch- revisionistisch argumentierenden sei, dass eine dauerhafte Substitution der Stammarbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer nicht zulässig sei. Die Leiharbeitsrichtlinie gehe jedoch von einem Normalarbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer aus. Art. 5 Abs. 5, 6 Abs. 1 RL stünden einer dauerhaften Ersetzung der Stammelegschaft durch Leiharbeit nicht entgegen. Der Referent gab zu bedenken, dass daher seiner Meinung nach für eine Auslegung der Unterrichtungspflicht des Art. 6 RL als Pflicht der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit eigenen Arbeitnehmern ein sehr starker Glaube und die Fähigkeit, das Rechtsverständnis anderer Mitgliedstaaten völlig ausblenden erforderlich sei. So sei in vielen anderen Mitgliedstaaten eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung möglich. Eine solche Rechtssicht sei einer europäischen Systembildung natürlich hinderlich. Art. 5 RL verbiete nicht aufeinanderfolgende Überlassungen, sondern nur bewusste Umgehungen der RL. Den nationalen Ansatz wonach Leiharbeit nur vorübergehenden Bedarf decken dürfe und prekär sei hielt er für problematisch. Es werde auch oft nicht gesehen, dass Leiharbeit nicht die einzige Alternative darstelle; denkbar sei auch das Outsourcing.

Die Leiharbeitsrichtlinie schließe dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung nicht aus. Dagegen spräche auch nicht der Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 und 3 Abs. 1 RL, da dieser nur deren Anwendungsbereich, nicht aber die Dauer der Überlassung regle. Dem Richtliniengeber sei die flexible Handhabung in vielen Mitgliedstaaten, welche eine unbegrenzte Überlassung gestatteten nämlich bewusst gewesen. Ein so deutliches Abweichen von der bisherigen Praxis könne ohne ausdrücklichen Hinweis im Gesetz nicht gewollt gewesen sein. Dies entspreche auch der Auffassung der EU-Kommission. Dem Kettenverleihverbot des Referentenentwurfs § 1 Abs. 1 stehe Art. 4 Abs. 1 RL entgegen, da diese zeitliche Einschränkung der Leiharbeit nicht mit Gründen des

Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne. Dennoch könne bereits das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden, da der Gesetzgeber ausdrücklich nur die RL Vorgaben umsetzen wollte. Unabhängig von der Frage der Rechtfertigung müsste eine zeitliche Begrenzung aber arbeitnehmerbezogen und nicht arbeitsplatzbezogen ausgestaltet sein. Art. 3 RL regle nämlich die vorübergehende Tätigkeit des Leiharbeitnehmers beim Kunden, also dem Entleiher und nicht das „vorübergehend“ hinsichtlich der Besetzung von Arbeitsplätzen beim Entleiher mit Leiharbeitnehmern.

Anschließend fragte der Referent, wie weit eine europarechtliche Beschränkung des Gleichbehandlungsgebots bestehe. Gemäß dem Industrieverbandsprinzip gelte: kein gleiches Geld für gleiche Arbeit. Die Gleichbehandlung klinge zwar rechtspopulistisch gut, sei jedoch mit den Grundsätzen der Privatautonomie nur schwer zu vereinbaren. Dennoch sei Equal-Pay und Equal-Treatment für die Leiharbeitsverhältnisse ein tarifdispositiver Grundsatz des geltenden Rechts. Auch im europäischem Arbeitsrecht bestünde kein Equal-Pay-Grundsatz im unbefristeten Arbeitsverhältnis. Art. 5 Abs. 1 RL enthalte zwar einen Gleichbehandlungsgrundsatz, dieser trage jedoch lediglich dem in einigen Mitgliedsstaaten geltenden Agenturprinzip Rechnung. Nach Art. 5 Abs. 2,3 RL seien im nationalen Recht bei Geltung des Arbeitgeberprinzips Abweichungen oder Tariföffnungsklauseln vorzusehen.

Einigen Anmerkungen zu Einzelregelungen des Referentenentwurfs rundeten den Vortrag ab. Wie bereits erläutert liege dem geplanten Verbot des Kettenverleihs nach § 1 Abs. 1 S. 3 der regulatorisch-revisionistische Ansatz zugrunde. Der Gesetzgeber will offensichtlich die pönalisierende Bewertung der Leiharbeit, wie in den Missbrauchsgesetzen begonnen fortzuführen. Sachliche Gründe dieses Verbots seien jedoch nicht erkennbar. Die Regelung des § 1 Abs. 1 S. 5 wonach ein Verstoß gegen die Pflicht einen Überlassungsvertrag als solchen zu bezeichnen die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zur Folge habe, sei problematisch. Dies nicht nur wegen Abgrenzungsproblemen der Leiharbeit zu Drittpersonaleinsatz, sondern auch aus Gründen der Privatautonomie. Dem Arbeitnehmer könnte dadurch ohne dessen bewusste Entscheidung ein neuer Arbeitgeber zugewiesen werden. Diese Regel stehe auch im Widerspruch zu Art. 4 Abs. 1 RL. Als letzte Regelung wurde noch § 11 Abs. 5 erörtert. Dieses Verbot des Streikeinsatzes von Leiharbeitnehmern in Betrieben, welche unmittelbar durch eine Arbeitskämpfmaßnahme betroffen seien, verstoße nicht nur gegen Art. 4 Abs. 1 RL sondern auch gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Darin liege ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit, da dem Leiharbeitnehmer seine Entscheidungsfreiheit genommen werde, werde er zum Objekt degradiert. Es liege somit eine Verletzung der Menschenwürde vor. Zusammenfassend sei dieses Verbot des Streikeinsatzes also europarechts- und verfassungswidrig.

III. Recht der Arbeitnehmerüberlassung

Diskussion:

Dank der internationalen Teilnehmer dieses Kongresses, konnte anschließend durch österreichische Teilnehmer dargelegt werden, dass in Österreich der Leiharbeitseinsatz entgegen der Diskussion in Deutschland zeitlich unbefristet akzeptiert sei. Eine Begrenzung sei jedoch theoretisch rechtlich möglich. Weiter zeigte die Diskussion, dass das Verständnis der Leiharbeit als etwas tendenziell Schlechtes, anderen Mitgliedsstaaten fremd sei.

IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen



Professor Dr. Christoph Weber (Julius-Maximilians-Universität Würzburg) fand den Einstieg in seinen Vortrag mit der Erläuterung, was er im ersten Moment mit den einzelnen Begriffen des Kongresses und seines Themas assoziiert hatte: „System“ lasse Bilder wie Klarheit, Dogmatik und Struktur, aber auch Rechtssicherheit entstehen. Dagegen verbinde jeder mit europäischem Arbeitsrecht zunächst einen fragmentarischen Charakter, der sich besonders im Fehlen des materiellen Kündigungsschutzrechts zeige. Gerade in diesem Bereich käme den Gerichten eine große Macht zu – „Motor der Integration“, „Ersatzgesetzgeber“. Aus Sicht eines kontinentaleuropäisch denkenden Juristen sei Systembildung dagegen originäre Aufgabe des Gesetzgebers. So sei die Systembildung schon strukturell besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt, da auf europäischer Ebene der Judikative große Macht zukäme. Er lege den Fokus auf

die europäische Ebene. Dort speziell auf die Rechtsprechung des EuGHs sowie auf den Prozess der Systembildung. Umsetzungsfragen ins nationale Recht werde er nicht betrachten. Vorab wies er darauf hin, dass eine Systembildung sich lediglich im Massenentlassungsrecht ausmachen lasse, da zum materiellen Kündigungsschutz keine RL bestünden und wegen des Einstimmigkeitserfordernisses auch künftig nicht zu erwarten seien.

Nach dieser Einleitung gab der Referent einen Überblick über die europäischen Regelungen zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen. In der Sozialcharta des Europarats fänden sich einige Regelungen, welche für Deutschland mangels Anerkennung oder Ratifizierung jedoch unerheblich seien. Im Rahmen der EMRK könne auch für den Zugang zum Kündigungsschutz an den, in Deutschland derzeit wenig in diesem Zusammenhang beachteten Art. 6 gedacht werden. Weiter wirkten die Art. 8 ff EMRK wie Kündigungsverbote, allerdings setzten sie den Fokus auf den Freiheitsschutz und nicht auf den Erhalt des Arbeitsplatzes. Auch Art. 30 EU-GRC entfalte nur in Einzelbereichen seine Wirkung und sei somit für eine Systembildung zu wenig. Das Sekundärrecht enthalte zwar viele Regelungen, die die Beendigung von Arbeitsverhältnissen streiften; diese entstammten aber unterschiedlichen Regelungszusammenhängen und der Kündigungsschutz sei nicht vorrangiges Ziel. Er sehe hier keinen gemeinsamen Grundgedanken und so auch kein einheitliches System. Er halte auch die Annahme der Entwicklung eines Systems des Beendigungsschutzes aus Art. 30 EU-GRC durch den EuGH für sehr unwahrscheinlich.

Den Hauptteil der Ausführungen stellte die Massenentlassungs-RL dar. Zunächst wurde die Systembildung im Rahmen dieser RL unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGHs analysiert. Das Schutzkonzept dieser RL sei präventiv – verfahrensrechtlicher Natur. Ziel sei die erleichterte Wiedereingliederung ausgeschiedener Arbeitnehmer. Sie gewähre keinen materiellen Schutz. Die meisten Entscheidungen des EuGHs beträfen den Anwendungsbereich der RL. Der EuGH habe von Anfang an die Auslegungshoheit für den Betriebsbegriff beansprucht. Dadurch wolle er einen unionseinheitlichen und weiten Anwendungsbereich sichern. Unter Betrieb verstehe der EuGH die organisatorische Einheit, unter Unternehmen dagegen die wirtschaftliche Einheit. Überraschend sei in diesem Zusammenhang das Abstellen auf den Betrieb im Rahmen der Berechnung der Schwellenwerte. Ursächlich dafür sei das Ziel der RL gewesen. Dieses sei

jedoch nicht der Arbeitnehmerschutz, sondern eine gleichmäßige Belastungsverteilung. Im Zeitpunkt des RL-Erlasses habe keine anderweitige Kompetenz bestanden. Zusammenfassend hielt der Referent das Ergebnis dieser Auslegung für richtig, allerdings nicht dessen Begründung. Da der Normtext explizit von „Betrieb“ spreche, sei aus Gründen der Rechtssicherheit und dem Respekt vor dem Richter die Entscheidung des Gesetzgebers zu akzeptieren. Eventuell dadurch bestehende Schutzlücken müssten hingenommen werden. Eine in diesem Sinn konsistente Rechtsprechungslinie trage zu einer Systembildung bei. Weiter erläuterte der Referent einige Begriffe der RL. So wurde klargestellt, dass unter Kündigung im Weg der unionsrechtlichen Auslegung eine Arbeitgeberkündigung zu verstehen sei, da die RL die Massenentlassung als unternehmerische Entscheidung betrachte. Nachdem das Ziel der RL die Harmonisierung sei, könne auch die Bestimmung der Reichweite des Arbeitnehmerbegriffs nicht den Mitgliedsstaaten überlassen werden. Gleichzeitig setze der Fokus auf der Harmonisierung einer rein schutzzweckorientierten Auslegung Grenzen. Die Rechtsprechung weise hier auch – systematisch zutreffend – darauf hin, dass eine RL in den Fällen, in denen sie eine mitgliedstaatliche Ausgestaltung zulasse ausdrücklich auf das nationale Recht verweise. Der Verweis dieser RL hinsichtlich Arbeitnehmern betreffe jedoch eine nicht vergleichbare Stelle. Eine Parallele könne so nicht gezogen werden. Die Systembildung erschwere weiter, dass zwischen den RL trotz einer Überschneidung des Anwendungsbereichs divergierende Methoden der Begriffsbildung bestünden. Dadurch entstehende unterschiedliche Eingriffstiefen in das nationale Recht seien hinzunehmen. Die Entscheidung des EuGHs, dass der Geschäftsführer für die Bestimmung der Gesamtbelegschaft zu berücksichtigen sei, überzeuge nicht. Er verstehe diese Entscheidung als Versuch einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff herauszubilden. Eine teleologische Herleitung des Arbeitnehmerbegriffes fehle dennoch völlig, stattdessen übertrage der EuGH die zum Freizügigkeitsrecht entwickelte Definition auf die RL und schiebe lediglich eine teleologische Begründung nach.

In letzter Zeit würden Ansätze einer Systembildung durch den EuGH erkennbar. Auch wenn der EuGH in vielen Bereichen, wie etwa dem Betriebsübergang als Ersatzgesetzgeber fungiere, lasse sich im Bereich des Kündigungsrechts keine derart starke Ausstrahlung der Rechtsprechung feststellen. Wie sich die Wahrnehmung der Auslegungshoheit der Begriffe weiterentwickle bleibe zu beobachten.

Der Referent schloss mit seiner Einschätzung, dass es noch zu früh sei von einem einheitlichen, rechtsaktübergreifenden Arbeitnehmerbegriff zu sprechen. Die Entwicklung in diese Richtung sei aber bereits sichtbar. Für das Kündigungsrecht insgesamt bestehe dagegen noch keine europarechtliche Systembildung. Dafür gebe auch Art. 30 EU-GRC zu wenig her, wie er bereits anfangs ausgeführt habe.

IV. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Diskussion:

Ergänzend wurde die Möglichkeit einer Herleitung des Arbeitnehmerbegriffs aus den Bestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit erörtert. Die Diskussion kam dabei zu dem Schluss, dass dies im Bereich des Sekundärrechts sinnvoll sein könne.

V. Befristung von Arbeitsverhältnissen



Der Vortrag von *Professorin Dr. Sudabeh Kamanabrou* (Universität Bielefeld) wurde krankheitsbedingt durch *Herrn Professor Dr. Abbo Junker* vorgetragen. Der Referent wies vorab darauf hin, dass der Vortrag ursprünglich stark rechtsvergleichend angelegt gewesen sei. Nachdem er diesen Rechtsvergleich jedoch nicht selbst vornehmen konnte, werde er die Untersuchung darauf konzentrieren, wie sich das Befristungsrecht auf Basis der Richtlinie darstelle und ob vor diesem Hintergrund eine Systematisierung erkennbar sei. Das Befristungsrecht werde durch die RI 1999/70/EG nur im Ansatz geregelt. Sie erfasse den Diskriminierungsschutz und den Schutz vor missbräuchlichen Kettenbefristungen. Erstbefristungen oder formale Fragen würden nicht geregelt. Die befristungsrechtlichen Regelungen fänden sich in der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse. Sie stellten einen Kompromiss des europäischen Dialogs dar. Regelungsziele seien Flexibilität einerseits und Sicherheit der Arbeitnehmer andererseits. Zu beiden Bereichen lägen bereits Entscheidungen des EuGHs vor. Beginnen wolle er mit dessen Rechtsprechung zum Diskriminierungsschutz: Das Merkmal des „befristeten Arbeitsverhältnisses“ werfe keine grundlegenden Fragen auf. Seine Definition sei problemlos. Eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sei außerdem nur ausnahmsweise möglich: so könne ein befristeter Arbeitnehmer unter bestimmten Umständen von Fortbildungen oder Sonderleistungen ausgenommen werden. Diese Fragen schienen von untergeordneter Bedeutung zu sein. Aus der Rechtsprechung des EuGHs blieben so nur zwei relevante Bereiche: die Anwendung der RI im öffentlichen Dienst und die Einordnung einzelner Maßnahmen als Beschäftigungsbedingungen. Strittig sei die Frage gewesen, ob sich das Diskriminierungsverbot auf Entgeltbestandteile erstrecke. Der EuGH habe betont, dass sich hinsichtlich des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung als Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft eine restriktive Auslegung verbiete. Mangels weiterer größerer Probleme des Diskriminierungsschutzes, solle nun der Kettenbefristungsschutz näher beleuchtet werden.

Die Mitgliedsstaaten müssten nach § 5 der Rahmenvereinbarung Maßnahmen zum Schutz vor Kettenbefristungen treffen. Mögliche Mittel seien laut Rahmenvereinbarung: sachliche Gründe für Kettenbefristungen, Regelung deren maximal zulässiger Dauer oder der Höchstzahl der Verlängerungen. Den Mitgliedsstaaten stünde es dabei frei diese Mittel einzeln oder auch kombiniert einzusetzen. Weiter käme den Mitgliedsstaaten bei der konkreten Ausgestaltung der Maßnahmen ein Freiraum zu. Weder die zulässigen Sachgründe, noch Höchstzahl der Befristungen oder Verlängerungen seien geregelt. Rechtsprechung des EuGHs fände sich lediglich zur Sachgrundbefristungen und zur Unterbrechung von Befristungsketten. Den dadurch geschaffenen Spielraum hinsichtlich Zahl oder Dauer aufeinanderfolgender Befristungen hätten die Mitgliedsstaaten auf unterschiedliche Weise genutzt: so beschränkten etwa Finnland, Dänemark oder Österreich nur mittels Sachgrund, wohingegen die Niederlande eine rein zeitliche Grenze setzten. Andere Staaten, wie Deutschland oder Polen, kombinierten den Sachgrund und die Höchstgrenze von Zahl und Dauer der Befristung. Die Kombination von Sachgrund und Höchstdauer

der Befristung sei etwa von UK oder Malta gewählt worden. Auffallend sei, dass es in den jeweiligen Ländern keinerlei Feststellung oder Diskussion darüber gebe, warum welches System gewählt wurde. Dennoch stünden hinter diesen verschiedenen Modellen Grundkonzepte. Im Folgenden werde auf die Grundkonzepte der Sachgrundbefristung und der sachgrundlosen Befristung näher eingegangen.

Im Rahmen der Sachgrundbefristung sei die Befristung durch den Arbeitgeber zu rechtfertigen. Dadurch werde der Ausnahmecharakter des befristeten Arbeitsverhältnisses deutlich. Das Sachgrunderfordernis setze einerseits Grenzen, sei andererseits aber auch flexibel, da ein anerkannter Sachgrund eine Befristung ohne zeitliche Grenze ermögliche. Entscheidend sei so die Ausgestaltung des Sachgrunderfordernisses: neben der Anzahl der Gründe – einige Staaten regelten (teils abschließende) Kataloge, andere überließen die Festlegung der Rechtsprechung – käme eine Beschränkung auf vorübergehenden Bedarf in Betracht. Der EuGH gehe von einer Begrenzung der Sachgrundbefristung auf vorübergehenden Bedarf aus. In Deutschland und Österreich sei dagegen auch eine auf nicht nur vorübergehendem Bedarf beruhende Sachgrundbefristung anerkannt. Als Beispiele könnten Bühnendarsteller oder Profisportler genannt werden. Weit aus bedeutender sei jedoch die Vertretungsbefristung. Zusammenfassend könne aber festgestellt werden, dass die Sachgrundbefristung auf dem Grundgedanken des vorübergehenden Bedarfs beruhe. Das BAG verstehe die EuGH Entscheidung Küçük so, dass eine zweistufige Befristungskontrolle vorzunehmen sei; nach Prüfung des Sachgrunds sei eine Missbrauchskontrolle (Zahl und Dauer der wiederholten Befristung) vorzunehmen. Diese Rechtsprechung werde in anderen Mitgliedstaaten noch nicht umgesetzt.

Demgegenüber ließen sich im Rahmen der sachgrundlosen Befristung innerhalb der EU kaum Gemeinsamkeiten finden. Die sachgrundlose Befristung sei nicht zwingend flexibler. Die Unterschiede in der Ausgestaltung seien hier unter den Mitgliedstaaten größer als bei der Sachgrundbefristung. Italien und die Niederlande begrenzten, allerdings in unterschiedlicher Ausgestaltung, nach Zahl und Dauer der Verträge. So ermögliche in den Niederlanden eine Unterbrechung von sechs Monaten einen Neubeginn der Befristung, wohingegen die Grenze von 36 Monaten in Italien absolut wirke. Die Rahmenvereinbarung verlange jedoch nur eine Begrenzung der Höchstdauer der Befristung. Darauf beschränken sich in einer Minimalumsetzung etwa das Vereinigte Königreich oder Malta. In UK komme noch hinzu, dass bereits eine einwöchige Unterbrechung die Befristungskette unterbreche.

Abschließend folge hieraus, dass trotz erkennbarer Gruppenbildung keine einheitliche europäische Dogmatik im Rahmen des Kettenbefristungsrechts erkennbar sei. Das Europarecht sei in diesem Bereich von einer Systembildung weit entfernt.

V. Befristung von Arbeitsverhältnissen

Diskussion:

Die den 13. ZAAR-Kongress abschließende Diskussion vertiefte unter anderem die Frage eines Vorbeschäftigungsverbots, sowie Fragen des vorübergehenden Bedarfs insbesondere bei Fußballspielern.

Verabschiedung

Besonderer Dank galt den Referenten sowie den Mitarbeitern des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht für die gute Organisation. Die rege Teilnahme an den Diskussionsrunden ist hervorzuheben. Das ZAAR würde sich freuen, viele der diesjährigen Kongressteilnehmer auf einer ZAAR-Vortragsreihe oder auf der 8. ZAAR-Tagung am 02.09.2016 in Hamburg zum Thema „Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts“ begrüßen zu dürfen.

Tagungsband

Im Nachgang zu den Ganztagsveranstaltungen erscheinen im Rahmen der ZAAR-Schriftenreihe alle Vorträge und Diskussionen in einem Tagungsband des ZAAR Verlags.

Weitere Informationen sowie eine Übersicht der bisherigen Veröffentlichungen sind auf unserer Homepage unter der Rubrik [Verlag](#) zu finden.



Verfasser
Eva Susanne Felisa Frey, wissenschaftliche Mitarbeiterin
am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht