



**Das Grünbuch und seine Folgen –
Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble und Abbo Junker

Band 11

**Das Grünbuch und seine Folgen –
Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?**

4. Ludwigsburger Rechtsgespräch



ZAAR Verlag München 2008

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2008 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847

ISBN 978-3-939671-03-9

Vorwort

„Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ – so lautet der Titel des Grünbuchs der EU-Kommission vom 22.11.2006. Die Kommission möchte eine Debatte über die Frage anstoßen, wie sich das Arbeitsrecht entwickeln kann, um die Ziele der Lissabon-Strategie für Wachstum und Beschäftigung zu fördern. Die Denkanstöße der Kommission zielen unter anderem auf

- erleichterte Übergänge zwischen verschiedenen Vertragsformen, insbesondere zwischen freier Mitarbeit, befristeter Beschäftigung und unbefristetem Arbeitsverhältnis,
- Schaffung eines „Grundstocks von Vorschriften“, welche die Arbeitsbedingungen unabhängig von der Art der Beschäftigung regeln und
- Neuregelung der Verantwortlichkeiten in „mehrseitigen Arbeitsbeziehungen“, wie z.B. bei der Arbeitnehmerüberlassung oder bei der Subunternehmerschaft.

Während die Gewerkschaften die von der Kommission zur Debatte gestellte Verbesserung des Schutzniveaus begrüßen, befürchtet die Wirtschaft, dass zusätzliche Regulierung für den Arbeitsmarkt nachteilig und schädlich sein könnte. Vertreter von Wissenschaft, Verbänden, Gewerkschaften und Unternehmen wollen mit dem 4. Ludwigsburger Rechtsgespräch Antworten auf die von der Kommission gestellten Fragen nach der Zukunft des europäischen Arbeitsrechts geben.

München, Juli 2008

Professor Dr. Volker Rieble

Professor Dr. Abbo Junker

Inhaltsübersicht	Seite
Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7
Abkürzungsverzeichnis	9
§ 1 Grünbuch Arbeitsrecht – Entwicklungslinien und Perspektiven	13
A. Referat Abbo Junker	14
I. Einleitung	14
II. „Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“	15
III. Modernisierung des Arbeitsrechts	19
IV. Ausblick	24
B. Diskussion	27
§ 2 Der einzelstaatliche Charakter der mitglied- staatlichen Arbeitsrechte	33
A. Referat Sebastian Krebber	35
I. Einleitung	35
II. Der einzelstaatliche Charakter der mitgliedstaatlichen Re- gelungen zur Entlastung des Arbeitgebers vom Risiko der wirtschaftlichen Verwendung des Arbeitnehmers	38
III. Arbeitnehmerbegriff, arbeitnehmerähnliche Person und Scheinselbständigkeit als Konzepte einzelstaatlichen Cha- rakters	52
IV. Konsequenzen für die Harmonisierung	57
V. Zusammenfassung in Thesen	59

B. Diskussion	61
§ 3 „Europäischer Arbeitnehmerbegriff“, Subunternehmerhaftung und andere Brennpunkte des Grünbuchs Arbeitsrecht	71
A. Referat Sebastian Hopfner	72
I. Das Grünbuch und die systembedingte Skepsis der Arbeitgeberseite	72
II. Historie und Folgerungen aus dem Grünbuch	73
III. Bewertung aus Sicht der Arbeitgeber	76
IV. Zusammenfassung	81
B. Referat Gregor Asshoff	83
C. Diskussion	84
§ 4 Referenzrahmen eines „European Labour Contract“	93
A. Referat Michael Stein	94
B. Diskussion	101
Sachregister	109

Abkürzungsverzeichnis

ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft	BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Abs.	Absatz	BGBI.	Bundesgesetzblatt
AEntG.....	Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitender Dienstleistung	BOE	Boletín Oficial del Estado (Spanisches Gesetzblatt)
AG	Aktiengesellschaft	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	bzw.	beziehungsweise
Anm.....	Anmerkung	CE.....	Comunità Europea
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	CEEP	European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest
Art.	Artikel	CGT	Confédération générale du travail
Aufl.....	Auflage	CNE	Contrat nouvelles embauches
AÜG.....	Gesetz zur Regelung der gewerbmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	CPE.....	Contrat premières embauches
AuR	Arbeit und Recht	DB.....	Der Betrieb
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung	DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
BASF.....	Badische Anilin- & Soda Fabrik	d.h.	das heißt
BAVC	Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V.	Dr.	Doktor
Bd.	Band	DRdA.....	Das Recht der Arbeit
		Dr. soc.	Droit social
		EBR	Europäischer Betriebsrat

EG	Europäische Gemeinschaft	gem.	gemäß
EG/EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	ggf.	gegebenenfalls
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
ENEL	Ente nazionale per l'energia elettrica	GPR.....	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
EU	Europäische Union	Hg.	Herausgeber
EuGH	Europäischer Gerichtshof	IAO.....	Internationale Arbeitsorganisation
EuGHE.....	Entscheidungssammlung des EuGH	IG	Industriegewerkschaft
EUSV.....	Europäische Sozialversicherung	IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
EUV.....	Vertrag über die Europäische Union	IQ	Intelligenzquotient
EU-15	Bezeichnung der Europäischen Union für statistische Bemessungen, von 1994 bis einschließlich April 2004	i.S.v.	im Sinne von
EU-25.....	Bezeichnung der Europäischen Union für statistische Bemessungen, von Mai 2004 bis einschließlich 2006	J.O.....	Journal officiel
e.V.....	eingetragener Verein	JZ	Juristenzeitung
EWG.....	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft	KMU.....	Kleine und mittlere Unternehmen
f.....	folgende	KOM.....	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
ff.....	fortfolgende	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
Fn.....	Fußnote	lit.....	litera
FS.....	Festschrift	LL.M.	Master of Laws
		m.E.....	meines Erachtens
		Mio.....	Million/en
		MünchArbR ...	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
		n.....	numero
		n.F.....	neue Fassung
		NJW	Neue Juristische Wochenschrift
		Nr.....	Nummer
		NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
		öBGBL.....	Österreichisches Bundesgesetzblatt

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	WSI-Mitt.	Monatszeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung
Prof.....	Professor	ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit	z.B.....	zum Beispiel
RGBL	Reichsgesetzblatt	ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
R.I.D.L.....	Revista Italiana di Diritto del Lavoro	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft	ZIAS.....	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
RJS	Revue de Jurisprudence Sociale	ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
Rn.....	Randnummer/n	z.T.....	zum Teil
Rs.	Rechtssache		
S.	Seite/n		
SE	Societas Europaea; Europäische Aktiengesellschaft		
SGB.....	Sozialgesetzbuch		
sog.....	sogenannte/r/s		
SV	Sozialversicherung		
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz		
u.a.....	unter anderem		
UNICE	Union of Industrial and Employers' Confederation of Europe		
Unterabs.....	Unterabsatz		
US.....	United States		
usw.	und so weiter		
u.U.....	unter Umständen		
VAA	Verband angestellter Akademiker und leitender Angestellter der chemischen Industrie		
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft		
vgl.....	vergleiche		
VO	Verordnung		

§ 1 Grünbuch Arbeitsrecht – Entwicklungslinien und Perspektiven

Rn.

A. Referat Abbo Junker	1
I. Einleitung	1
II. „Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“	3
1. „Traditionelle“ Beschäftigung	6
2. „Prekäre“ Beschäftigung	8
3. Reaktionen der „Interessenträger“	12
III. Modernisierung des Arbeitsrechts	16
1. Beschäftigungsübergänge („Flexicurity“)	18
2. Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff	23
3. Dreiseitige Arbeitsverhältnisse	28
IV. Ausblick	31
B. Diskussion	36

A. Referat Abbo Junker*

I. Einleitung

- 1 Die Kommission der Europäischen Union (EU) hat am 22.11.2006 ein Grünbuch vorgelegt, das den ambitionierten Titel trägt: „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“.¹ Auf 17 Seiten breitet die Kommission 14 Fragen aus. Sie sollen helfen, eine Diskussion über ein „moderneres“ Arbeitsrecht in Gang zu setzen. Am 24.10.2007 hat die Kommission in einer Folgemitteilung das „Ergebnis der öffentlichen Anhörung zum Grünbuch“ veröffentlicht.² Aus dieser Folgemitteilung ergibt sich, dass rund 450 Antworten von sog. „Interessenträgern“ („*stakeholders*“) eingegangen sind. Darunter versteht die EU-Kommission nationale und regionale Regierungen, nationale Parlamente, Sozialpartner auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene, Nichtregierungsorganisationen, einzelne Unternehmen, Wissenschaftler, Rechtsexperten und Privatpersonen. Die Stellungnahmen zeigten – so die Kommission –, dass sich die Verfasser der Herausforderungen „zumeist“ (also nicht immer) voll bewusst seien, ließen jedoch – so die Kommission weiter – die Ermittlung wesentlicher Konsenspunkte nicht zu. Ein Blick in die Zusammenfassung der Stellungnahmen zeigt, dass auf die 14 aufgeworfenen Fragen praktisch alle denkbaren Antworten gegeben wurden. Trotzdem ist die Kommission offenbar hoch zufrieden, denn in ihrer Mitteilung heißt es:

„Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass die öffentliche Anhörung ihren Zweck erfüllt hat, nämlich die Anregung einer Diskussion auf der Ebene der EU und der Mitgliedstaaten über die Notwendigkeit einer Verbesserung des Arbeitsrechts angesichts der sich im 21. Jahrhundert stellenden Herausforderungen. Die Antworten enthalten nützliche Informationen über die aktuellen Trends im Bereich des Arbeitsrechts und der nationalen Systeme der Arbeitsbeziehungen – viele dieser Trends betreffen Themenbereiche, die im Grünbuch angesprochen wurden.“³

- 2 Der folgende Beitrag widmet sich zunächst den „Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“, welche die Kommission in ihrem Grünbuch vom

* Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München.

1 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ vom 22.11.2006, KOM(2006) 708 endgültig.

2 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Ergebnis der öffentlichen Anhörung zum Grünbuch der Kommission „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ vom 24.10.2007, KOM(2007) 627 endgültig.

3 Ergebnis Grünbuch (Fn. 2), S. 10.

22.11.2006 identifiziert hat. Anschließend werden die sechs Diskussionsthemen zur „Modernisierung des Arbeitsrechts“ erörtert, die das Grünbuch aufwirft. Abschließend wird auf der Grundlage der Kommissionsmitteilung vom 24.10.2007 dargestellt, welche Entwicklung das Europäische Arbeitsrecht künftig nehmen könnte.

II. „Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“

Eingangs des Grünbuchs nimmt die Kommission auf einen Bericht der Taskforce „Beschäftigung“ unter dem Vorsitz des niederländischen Politikers *Wim Kok* Bezug. Danach könnte in Europa ein **doppelter Arbeitsmarkt** entstehen: „*Insider*“ mit fester Beschäftigung stünden „*Outsidern*“ gegenüber, zu denen Menschen in Arbeitslosigkeit, in prekären Beschäftigungsverhältnissen und in illegalen Beschäftigungsverhältnissen gehörten.⁴

Schon auf den ersten Blick fällt auf, dass die drei genannten Kohorten als Gegenstände rechtspolitischer Analyse nicht gleichwertig sind: Arbeitslosigkeit und illegale Beschäftigung sind einigermaßen klar umrissene Tatbestände; der Begriff des „prekären Beschäftigungsverhältnisses“ ist dagegen ein Wieselwort, unter dem man sich alles und nichts vorstellen kann. So muss die **Teilzeitarbeit** einer Mutter mit drei kleinen Kindern durchaus kein „prekäres“ Beschäftigungsverhältnis sein, sondern genau das, was sich die junge Frau gewünscht hat. Umgekehrt kann das unbefristete **Normalarbeitsverhältnis** eines vollzeitbeschäftigten Mannes im Alter von 45 Jahren höchst „prekär“ sein, wenn es im Betrieb eines Automobilzulieferunternehmens zu erfüllen ist, das in heftiger Konkurrenz zu fernöstlichen Anbietern steht. Die Gegenüberstellung von Arbeitslosigkeit und illegaler Beschäftigung einerseits und Prekariat andererseits muss betont werden, weil sich die Unsicherheit über den Begriff und den Stellenwert des „prekären Beschäftigungsverhältnisses“ durch das gesamte Grünbuch zieht.

Auch die Unterscheidung von „*Insidern*“ und „*Outsidern*“⁵ ist nach Tatbestand und Rechtsfolgen schief: *Outsider* sind zweifellos die rund 30 Mio. **Arbeitslosen** in der EU. Der Abbau der Massenarbeitslosigkeit ist jedoch auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene ein so großes und vielschichtiges Thema, dass die begrenzten Fragestellungen des Grünbuchs wohl nicht den entscheidenden Beitrag zum Abbau der **Arbeitslosigkeit** leisten können. **Illegal Beschäftigte** sind dagegen nur dann *Outsider*, wenn man diesen Begriff anders versteht als bei den Arbeitslosen: Bei dem Weißrussen, der ohne gültige Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung auf einer Baustelle innerhalb der EU arbeitet, sträubt sich der betreffende Mitgliedstaat, ihn zu einem *Insider* zu machen; bei Arbeitslosen werden dagegen von Seiten der Mitgliedstaaten alle erdenklichen Anstrengungen

4 Grünbuch (Fn. 1), S. 3.

5 Grünbuch (Fn. 1), S. 3.

in dieser Richtung unternommen. Die Gegenüberstellung von „*Outsidern*“ und „*Insidern*“ ist nicht mehr als modernistisches Wortgeklingel, das einen Mangel an gedanklicher Substanz verdecken soll.

1. „Traditionelle“ Beschäftigung

- 6 Nach Ansicht der Kommission spiegelt das von ihr so genannte „traditionelle Modell“ des Beschäftigungsverhältnisses drei Kernannahmen über den Beschäftigungsstatus wider, nämlich (a) unbefristete Vollzeitbeschäftigung, (b) einen gültigen Arbeitsvertrag als Dreh- und Angelpunkt sowie (c) das Vorhandensein eines einzigen Arbeitgebers, „der für alle dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten zuständig ist“.⁶ Diese Definition des „traditionellen Beschäftigungsmodells“ entspricht im Wesentlichen dem, was die deutschen Gewerkschaften in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts als „Normalarbeitsverhältnis“ definiert haben.⁷
- 7 Dieses herkömmliche Beschäftigungsmodell werde – so die Kommission – von „einer größeren Vielfalt von Arbeitsverträgen“ abgelöst. Dafür nennt die Kommission im Wesentlichen drei Gründe: den rasanten technischen Fortschritt, den schärferen internationalen Wettbewerb und das Anwachsen des Dienstleistungssektors, verbunden mit gewandelten Verbraucherverwünschen.⁸ Nur zaghaft angedeutet wird ein vierter Grund für den relativen Rückgang der sog. Normalarbeitsverhältnisse, nämlich „allzu sehr auf Schutz ausgerichtete“ rechtliche Rahmenbedingungen.⁹ Ebenfalls nur am Rande erwähnt¹⁰ wird ein fünfter Grund für die Auflösung des Vollzeit-Standardarbeitsvertrags: die Wünsche der Beschäftigten, insbesondere der weiblichen Beschäftigten, nach besserer Vereinbarkeit von Familie und Beruf.¹¹

2. „Prekäre“ Beschäftigung

- 8 Unter Berufung auf eine Studie der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (*OECD-Report*) stellt die Kommission sodann fest, seit den frühen neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts hätten sich die nationalen Reformen des Arbeitsrechts auf die Lockerung bestehender Vorschriften konzentriert, um „die Flexibilität an den Rändern zu erhöhen“: „Es wurden flexiblere Beschäftigungsformen mit gerin-

6 Grünbuch (Fn. 1), S. 5.

7 *Zachert*, Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Rechtsgutachten für die Hans-Böckler-Stiftung (1990).

8 Grünbuch (Fn. 1), S. 5.

9 Grünbuch (Fn. 1), S. 6.

10 Grünbuch (Fn. 1) S. 6 („... denen entgegenzukommen, die hinsichtlich ihrer Beschäftigung mehr Auswahlmöglichkeiten wünschten“).

11 Siehe dazu *Junker*, Arbeitsrecht zwischen Markt und gesellschaftspolitischen Herausforderungen – Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Gutachten zum 65. Deutschen Juristentag (2004), S. B 98-B 107.

gerem Kündigungsschutz eingeführt, um den Eintritt von Neuankömmlingen und benachteiligten Arbeitssuchenden in den Arbeitsmarkt zu fördern. Ergebnis waren zunehmend segmentierte Arbeitsmärkte.“¹²

Auf die Frage, ob diese Aussage auch für die Bundesrepublik Deutschland gilt – das heißt ob auch hierzulande flexiblere Beschäftigungsformen mit geringerem Kündigungsschutz eingeführt wurden –, fällt einem zunächst einmal nur der erleichterte Abschluss **befristeter Arbeitsverträge** ein, zuerst durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985. Legt man die Betonung auf „flexiblere Beschäftigungsformen“ und nicht auf „geringeren Kündigungsschutz“, lässt sich zweitens die Lockerung des **Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes** im Zuge der Hartz-Reformen nennen. Kündigungsrechtlich neutral ist eine dritte – und vielleicht die wichtigste – „flexible“ Beschäftigungsform, die durch Gesetz aus dem Jahr 2000 neu geregelte **Teilzeitarbeit** (§§ 6-13 TzBfG).

Welche dieser Beschäftigungsformen die Kommission als „prekäre (und damit möglicherweise strenger zu regulierende) Beschäftigung“ ansehen will, bleibt diffus: Auf der einen Seite wird ausgeführt, dass die **Teilzeitarbeit**, als Prozentsatz der Gesamtbeschäftigung, in der EU-25 in den letzten 15 Jahren von 13 % auf 18 % zugenommen hat. Sie habe zweitens seit dem Jahr 2000 mehr zur Arbeitsplatzschaffung beigetragen (nämlich rund 60 %) als die Standard-Vollzeitbeschäftigung. Drittens sei Teilzeitarbeit vor allem unter Frauen zu finden: 30 % der erwerbstätigen Frauen habe einen Teilzeitjob, gegenüber nur 7 % der Männer.¹³ Ob diese drei Befunde zur Teilzeitarbeit irgendwie bedenklich sind, und ob sie den Begriff der prekären Beschäftigung im Sinne der *Wim Kok-Taskforce* erfüllen, lässt das Grünbuch offen.

Offen bleibt auch, welche Schlussfolgerungen aus dem Befund „prekäres Beschäftigungsverhältnis“ zu ziehen sind: Der Anteil der **befristeten Beschäftigung** an der Gesamtbeschäftigung sei – so die Kommission – in der EU-25 von 12 % im Jahr 1998 auf mehr als 14 % im Jahr 2005 gestiegen. Was folgt daraus? Einerseits – so die Kommission – bestehe die Gefahr, dass Arbeitskräfte in einer Abfolge kurzfristiger Arbeitsverträge gefangen seien und dadurch in einer prekären Situation verbleiben. Andererseits müsse auf befristete Beschäftigung häufiger zurückgegriffen werden, sollten Maßnahmen zur Anpassung des Standardarbeitsvertrags, die größere Flexibilität ermöglichen, unterbleiben.¹⁴

3. Reaktionen der „Interessenträger“

Angesichts der offenen Bipolarität des Grünbuchs sind die Reaktionen der sog. Interessenträger nicht überraschend: Da das Grünbuch keine ord-

12 Grünbuch (Fn. 1), S. 6.

13 Grünbuch (Fn. 1), S. 8.

14 Grünbuch (Fn. 1), S. 3, 8 und 9.

nungspolitische Leitlinie vorgibt – und nach seinem Zweck eine solche Leitlinie wohl auch nicht vorgeben soll –, konnte sich jeder der **Sozialpartner** aus dem Grünbuch das herauspicken, was in sein Programm passt. Die Gewerkschaften, die naturgemäß für eine Stärkung von Arbeitnehmerrechten eintreten, sehen sich durch das Grünbuch ebenso bestätigt wie die Arbeitgeberverbände, die einer Liberalisierung des Arbeitsmarkts das Wort reden.¹⁵ Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) wendet sich schon jetzt, vor allem und vorsorglich gegen weiteren **Regulierungen** auf europäischer Ebene, der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) wendet sich gegen eine weitere **Deregulierung** des Arbeitsrechts.¹⁶

- ¹³ Die **Bundesregierung** begrüßt das Grünbuch und vertritt die Ansicht, dass Flexibilität und Sicherheit verantwortungsbewusst gegeneinander abgewogen werden müssen. Die Bundesregierung unterstreicht die Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit und steht Regelungen, die den Spielraum der Sozialpartner unangemessen einschränken, ablehnend gegenüber. In der Sache legt sich die Bundesregierung stärker fest als die Kommission: Beschäftigung und Leiharbeit – so die Bundesregierung – ermöglichen die **externe Flexibilität** (und seien daher nicht generell kritisch zu sehen). Nicht nur moderne Arbeitszeitregelungen (wie zum Beispiel Zeitkonten), sondern auch die Teilzeitarbeit ermöglichen die notwendige **interne Flexibilität** des Arbeitsverhältnisses.¹⁷
- ¹⁴ Deutschland unterstreiche, dass **reguläre Arbeitsverhältnisse** unverzichtbar seien, weil sie Sicherheit geben, die Basis der Sozialversicherung bilden und die Wettbewerbsfähigkeit stärken. Unerlässlich seien aber auch **neue Beschäftigungsformen** als Reaktion auf die wirtschaftlichen Herausforderungen. Nach Auffassung der Bundesregierung ist der Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in neuen Beschäftigungsformen in Deutschland nicht unzureichend: Das **Teilzeit- und Befristungsgesetz** stelle sicher, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in Teilzeit arbeiten oder befristet beschäftigt werden, nicht benachteiligt werden. Das **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz** sichere die Rechte von Leiharbeitnehmern.¹⁸
- ¹⁵ Auf die **vier Eingangsfragen** des Grünbuchs antwortet die Bundesregierung, die Eigenverantwortung der Arbeitnehmer dürfe nicht durch das Überstülpen neuer Regularien behindert, sondern müsse vielmehr gestärkt werden. Angesichts des technischen Fortschritts und des – durch

¹⁵ Treffend *Bayreuther*, Das Grünbuch der europäischen Kommission zum Arbeitsrecht, NZA 2007, 371, 375.

¹⁶ Zusammenfassend *Stoffels*, Das EU-Grünbuch für ein moderneres Arbeitsrecht, GPR 2007, 231, 233.

¹⁷ Stellungnahme der Bundesregierung vom 18.4.2007 zum Grünbuch der Europäischen Kommission (III a 4 – 39 456-8), S. 4.

¹⁸ Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 6.

die Globalisierung schärfer werdenden – Wettbewerbs seien die Unternehmen durch Bürokratieabbau zu entlasten; die Gewährleistung eines flexiblen und integrativen Arbeitsmarkts sei aus deutscher Sicht eine zentrale Herausforderung. Die Konkretisierung der arbeitsrechtlich relevanten Ziele der Lissabon-Strategie könne nicht einheitlich auf europäischer Ebene erfolgen. Vielmehr müssten die unterschiedlichen Kulturen und Strukturen des Arbeitsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten respektiert werden.¹⁹

III. Modernisierung des Arbeitsrechts

Nachdem die Kommission in der ersten Hälfte des Grünbuchs eher diffus die „Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ beschrieben hat – im Gedächtnis bleibt eigentlich nur die Auflösung des Standard-Normalarbeitsverhältnisses²⁰ –, nennt sie in der zweiten Hälfte des Grünbuchs unter der Überschrift „Modernisierung des Arbeitsrechts“ **sechs Diskussionsthemen**, zu denen sie zehn Fragen stellt. Drei dieser sechs Diskussionsthemen sollen hier nur kurz angesprochen, aber nicht vertieft werden: die Organisation der Arbeitszeit, die Mobilität der Arbeitskräfte und die Rechtsdurchsetzung bei Schwarzarbeit. Zur **Organisation der Arbeitszeit (Frage 11)** verweisen sowohl die Bundesregierung²¹ als auch die Verbände²² auf die Diskussion über die Änderung der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG.²³ Auf diese Kontroverse nimmt auch die Kommission in ihrem Grünbuch Bezug. Es wäre indessen ein Armutszeugnis der EU, wenn die Änderung dieser Richtlinie wirklich – wie der Titel des Grünbuchs insinuiert – eine der zentralen „Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ wäre.

Zum Thema **Mobilität der Arbeitskräfte (Frage 12)** verweisen die Stellungnahmen der Bundesregierung²⁴ und der Verbände²⁵ auf das Spannungsverhältnis zwischen der Entsenderichtlinie²⁶ und der geplanten

-
- 19 Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 5-6.
 20 Ebenso *Franzen*, Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum Arbeitsrecht, RIW 2007, 892.
 21 Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 19-20.
 22 Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) vom 19.1.2007 zum Grünbuch der EU-Kommission, S. 15; Stellungnahme des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie (BAVC) vom 5.3.2007 zum Grünbuch der Europäischen Kommission, S. 6.
 23 Richtlinie 2003/88/EG vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABIEG Nr. L 299 vom 18.11.2003, S. 9.
 24 Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 20-21.
 25 Stellungnahme der BDA (Fn. 22), S. 16; Stellungnahme des BAVC (Fn. 22), S. 12.
 26 Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABIEG Nr. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

Dienstleistungsrichtlinie.²⁷ Die **Bekämpfung der Schwarzarbeit (Fragen 13 und 14)** – das dritte der drei hier nicht zu vertiefenden Themen – passt nur schwer in den Zusammenhang eines Grünbuchs für ein moderneres Arbeitsrecht. Die Verbände können dem Thema insofern eine arbeitsrechtliche Komponente abgewinnen, als sie darauf hinweisen, dass neben der Bekämpfung der Symptome insbesondere die Ursachen der Schwarzarbeit bekämpft werden müssen, und zu diesen Ursachen gehöre insbesondere die Überregulierung des Arbeitsrechts.²⁸ Die Bundesregierung macht diese Volte naturgemäß nicht, sondern weist auf ein anderes Problem hin: Der gemeinsame Raum der Freiheit und des Rechts ist das Ziel, aber nicht die Realität. Die Standards der Rechtsdurchsetzung sind nicht in allen Mitgliedstaaten gleich. Die Bundesregierung treibt daher vor allem die Sorge um, dass die Befugnisse der deutschen Behörden zur Kontrolle ausländischer Unternehmen unter Hinweis auf die Amtshilfe des Herkunftslandes eingeschränkt werden könnten.²⁹

1. Beschäftigungsübergänge („Flexicurity“)

- 18 Das erste der drei hier zu vertiefenden Themen wird im Grünbuch mit der Überschrift **Beschäftigungsübergänge (Fragen 5 und 6)** belegt. Unter dieser Überschrift gibt die Kommission zu bedenken, ob man Arbeitnehmern den Übergang von einem Beschäftigungsstatus zu einem anderen erleichtern sollte. Es könne sich – so das Grünbuch – als notwendig erweisen, auf das Bemühen zu verzichten, bestimmte Arbeitsplätze zu schützen, und stattdessen den Übergang von einem Beschäftigungsverhältnis zum anderen zu fördern. Konkret stellt das Grünbuch die Frage, ob es hilfreich sein könnte, über eine Kombination von flexibleren Kündigungsschutzgesetzen und „gut durchdachten“ Unterstützungsleistungen für Arbeitslose nachzudenken. Als Beispiel wird das österreichische Abfertigungsgesetz von 2002³⁰ als „interessantes Beispiel“ genannt.³¹
- 19 Vorhersehbar waren die Reaktionen auf diesen Vorstoß, wie sie die Kommission in ihrer Mitteilung vom 24.10.2007 zusammenfasst: Die **Arbeitgeber** unterstrichen die positiven Auswirkungen einer Lockerung des Kündigungsschutzes auf die Beschäftigungsquote insgesamt und die Beschäftigungschancen benachteiligter Gruppen. Nach Ansicht der Arbeitgeber sollte die Frage, wie die Menschen ihre Anpassungsfähigkeit während des gesamten Erwerbslebens durch Qualifizierung erhalten können, stärker im Mittelpunkt stehen als der Schutz einzelner Arbeitsplätze. Dagegen hielten die **Gewerkschaften** die Annahme, ein flexibleres Kündigungs-

27 Vorschlag einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 4.4.2006, KOM(2006)160 endgültig.

28 Stellungnahme der BDA (Fn. 22), S. 17.

29 Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 23.

30 Österreichisches Bundesgesetzblatt (öBGBI.) 2002 I, S. 939.

31 Grünbuch (Fn. 1), S. 11.

schutzrecht könne Arbeitsmarktübergänge erleichtern, für irrig. Sie verlangten die Ausarbeitung neuer Regelungen, um den Übergang von befristeten und Teilzeit-Arbeitsplätzen in eine Vollzeitbeschäftigung zu fördern.³²

Die Bundesregierung befasst sich in ihrer Stellungnahme weniger mit den inhaltlichen Fragen des brisanten Themas, sondern weist spitz darauf hin, die Kommission widme der Zuständigkeitsfrage keine hinreichende Aufmerksamkeit. Ein einheitliches europäisches „Flexicurity“-Konzept berge die Gefahr eines „asymmetrischen“ Vorgehens mit weitreichenden finanziellen Folgen für die Mitgliedstaaten: Bindende EU-Vorgaben im Hinblick auf arbeitsrechtliche Regelungen könnten sozialversicherungsrechtliche Folgen zeitigen, die – mangels EU-Kompetenz – von den Sozialsystemen der Mitgliedstaaten regulatorisch und finanziell aufgefangen werden müssten.³³

Franzen hat die Kompetenzfrage kürzlich vertieft und auf eine weitere Asymmetrie hingewiesen: Die Kompetenznormen der Art. 136 ff. EG dienen, wie auch der EuGH betont habe,³⁴ dem Schutz der Arbeitnehmer. Auf dieser Grundlage können lediglich Mindestvorschriften erlassen werden, von denen die Mitgliedstaaten „nach oben“ abweichen können. Dagegen könne die EU wegen des Mindestnormkonzepts nicht anordnen, dass das Arbeitnehmerschutzniveau in einem bestimmten Mitgliedstaat abgesenkt wird: Gemeinschaftsrechtlich verbindlich für die Mitgliedstaaten kann die EU nur „Security“ für die Arbeitnehmer vorschreiben, nicht hingegen „Flexibility“.³⁵

Die Kommission hat den Diskussionspunkt „Beschäftigungsübergänge“ des Grünbuchs inzwischen in eine Mitteilung „Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit“³⁶ einfließen lassen. In dieser Mitteilung finden sich keine Vorschläge für arbeitsrechtliche Rechtsangleichungsmaßnahmen der EU. Vielmehr werden den Mitgliedstaaten mehrere Pfade vorgeschlagen, auf denen sie das Konzept der „Flexicurity“ umsetzen können. Daraus ziehen manche den Schluss, dass die Kommission insoweit im Hinblick

32 Ergebnis Grünbuch (Fn. 2), S. 7.

33 Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 13.

34 EuGH vom 12.11.1996 – C-84/94 [Vereinigtes Königreich/Kommission] – EuGHE I 1996, 5755, 5793 = NZA 1997, 23.

35 *Franzen*, RIW 2007, 892 unter Hinweis auf *Burg*, „Brücken statt Mauern bauen“ – Veranstaltung der Gesellschaft für europäische Sozialpolitik zum EG-Arbeitsrechts-Grünbuch am 16.3.2007 in Berlin, RdA 2007, 186, 187 und *Waas*, Das Grünbuch der Kommission zur Modernisierung des Arbeitsrechts, ZESAR 2007, 197, 203.

36 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gemeinsame Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz herausarbeiten: Mehr und bessere Arbeitsplätze durch Flexibilität und Sicherheit vom 27.6.2007, KOM(2007) 359 endgültig.

auf gemeinschaftsrechtlich verbindliche Maßnahmen resigniert hat und stattdessen auf abgestimmte, gleichwohl autonome Maßnahmen der Mitgliedstaaten setzt.³⁷

2. Einheitlicher Arbeitnehmerbegriff

- 23 Das zweite Diskussionsthema des Grünbuchs läuft auf nichts weniger hinaus als einen **einheitlichen Arbeitnehmerbegriff (Fragen 7 und 8)**. Unter der sperrigen und vieldeutigen Überschrift „Unsicherheit bezüglich der Gesetzeslage“ werden angeblich fließende Grenzen zwischen Handelsrecht und Arbeitsrecht konstatiert, der herkömmlichen Unterscheidung zwischen abhängig Beschäftigten und Selbständigen die Aussagekraft abgesprochen und „unklare juristische Definitionen“ für mancherlei Übel verantwortlich gemacht.³⁸ Vor dem Hintergrund dieser Aussagen fragt die Kommission, ob bei den in den Mitgliedstaaten geltenden Definitionen von Beschäftigung und Selbständigkeit größere Klarheit erforderlich sei.³⁹ Alternativ oder kumulativ – das wird nicht recht deutlich⁴⁰ – sollen auf der Ebene der Gemeinschaft arbeitsrechtliche Mindestvorschriften getroffen werden, welche die Beschäftigungsbedingungen aller Beschäftigten – unabhängig von der Form ihres Vertrags – regeln.⁴¹
- 24 In der Wissenschaft wird zu Recht die Frage aufgeworfen, woher die Kommission die Gemeinschaftskompetenz für solche Regelungen nehmen will. Art. 137 EG stellt klar, dass die Aufgabe der Gemeinschaft beschränkt ist auf eine Unterstützung der Mitgliedstaaten im Bereich des Arbeitsrechts, das weiterhin eine Domäne der Mitgliedstaaten bleibt. Eine Kompetenz der Gemeinschaft, einen einheitlichen europäischen Arbeitnehmerbegriff mit verbindlicher Wirkung für die mitgliedstaatlichen Arbeitsrechtsordnungen zu schaffen, ist daher nicht erkennbar.⁴²
- 25 Die Bundesregierung, die die Kompetenzfrage zum Leitmotiv ihrer Stellungnahme gemacht hat, formuliert ein wenig spitz, sie teile die Auffassung der Kommission, dass das mit dem Arbeitnehmerbegriff zu lösende Problem durch die Mitgliedstaaten selbst gelöst werden müsse. Einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für alle Werk tätigen, unabhängig von ihrer Vertragsform, lehne die Bundesrepublik Deutschland ab. Eine Ausdehnung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften auf selbständig tätige Personen sei nicht zielführend.⁴³

37 *Franzen*, RIW 2007, 892; *Gagawczuk*, Grünbuch Arbeitsrecht, DRdA 2007, 256, 258.

38 Grünbuch (Fn. 1), S. 12.

39 Grünbuch (Fn. 1), S. 14 (Frage 7).

40 Zutreffend *Bayreuther*, NZA 2007, 371, 372.

41 Grünbuch (Fn. 1), S. 14 (Frage 8).

42 *Bayreuther*, NZA 2007, 371, 372; zurückhaltender *Franzen*, RIW 2007, 892.

43 Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 16, 18.

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang diskutiert, ob die Anwendung arbeitsrechtlicher Richtlinien gefährdet ist, wenn es auch künftig dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleibt, wie er den Begriff des Arbeitnehmers definiert. Diese Diskussion kann hier nicht nachgezeichnet werden.⁴⁴ Hier soll die Feststellung genügen, dass es dem Rat und dem Europäischen Parlament unbenommen ist, den personellen Anwendungsbereich der Richtlinie festzulegen, um zu verhindern, dass nationale Gesetzgeber über eine enge Definition des Arbeitnehmerbegriffs die volle Wirksamkeit arbeitsrechtlicher Richtlinien vermeiden.

Ein Beispiel dafür sind die Antidiskriminierungsrichtlinien, die neutral auf „Beschäftigung und Beruf“ abstellen und damit jedenfalls arbeitnehmerähnliche Personen mit umfassen.⁴⁵ Aber auch im Übrigen haben die Mitgliedstaaten keineswegs freie Hand bei der Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Richtlinie: In der Rechtssache *CGT/Premier ministre* hat der EuGH kürzlich entschieden, dass bestimmte Vorschriften des französischen Arbeitsgesetzbuchs unwirksam sind, weil sie vorsehen, dass bestimmte Arbeitnehmer bei der Berechnung der Schwellenwerte im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie⁴⁶ nicht zu berücksichtigen sind.⁴⁷

3. Dreiseitige Arbeitsverhältnisse

Das dritte Diskussionsthema trägt die Überschrift **Dreiseitige Arbeitsverhältnisse (Fragen 9 und 10)**. Unter dieser Überschrift werden zwei Konstellationen abgefragt: die Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit) und der Arbeitnehmereinsatz bei Subunternehmerschaft. Zum Thema „Leiharbeit“ verweist die Kommission auf den – im Rat bislang gescheiterten – Richtlinienvorschlag über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern.⁴⁸ Im Grünbuch bekennt sich die Kommission erneut zu dem Prinzip, dass Leiharbeitnehmer im entleihenden Unternehmen nicht schlechter behandelt werden dürfen als die Stammbeslegschaft. Daran anschließend stellt die Kommission die neutral formulierte Frage, ob es notwendig sei, den Beschäftigungsstatus von Leiharbeitnehmern zu klären.⁴⁹

44 Einzelheiten: *Bayreuther*, NZA 2007, 371, 372-373; *Franzen*, RIW 2007, 892.

45 *Bayreuther*, NZA 2007, 371, 373.

46 Richtlinie 98/59/EG vom 20.7.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, ABIEG Nr. L 225 vom 12.8.1998, S. 16.

47 EuGH vom 18.1.2007 – C-385/05 [*CGT/Premier ministre*], EuGHE I 2007, 611 = NZA 2007, 193.

48 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2001) 701 endgültig.

49 Grünbuch (Fn. 1), S. 15 (Frage 10).

- ²⁹ Die Bundesregierung erläutert in ihrer Antwort auf diese Frage zunächst das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und gelangt zu der knappen Feststellung: „Der Beschäftigungsstatus von Leiharbeitnehmern ist in Deutschland geklärt.“⁵⁰ Der Richtlinienvorschlag der Kommission wird regierungsseitig offenbar nach wie vor mit spitzen Fingern angefasst. Die diesbezügliche Stellungnahme der Bundesregierung ist jedenfalls ein Musterbeispiel an Diplomatie: „Deutschland hat die Bemühungen auf europäischer Ebene, mit einer Richtlinie Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern festzulegen, bisher grundsätzlich begrüßt. Deutschland hat stets betont, dass die Richtlinie im Konsens aller Mitgliedstaaten zu verabschieden ist und die Beibehaltung der unterschiedlichen Arbeitsmarktkonzepte in den einzelnen Mitgliedstaaten ermöglichen soll.“⁵¹
- ³⁰ Zum Thema „Subunternehmerschaft“ stellt die Kommission insbesondere die Frage, ob die Anordnung einer nachrangigen Haftung des Subunternehmers für die Erfüllung der Arbeitnehmeransprüche „wirksam und praktikabel“ wäre.⁵² Die Bundesregierung hält in ihrer Stellungnahme eine nachrangige Haftung überall dort für sinnvoll, wo ein soziales Schutzbedürfnis besteht. In Deutschland ist die Anordnung einer nachrangigen Haftung nur insoweit vorgeschrieben, als es um die Gewährleistung bestimmter tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen geht, deren Einhaltung im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vorgeschrieben wird (§ 1a AEntG). Die Nachunternehmerhaftung gemäß § 1a AEntG entfalte eine deutlich präventive Wirkung.⁵³ Sie ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) mit dem nationalen Verfassungsrecht⁵⁴ und nach der Rechtsprechung des EuGH mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.⁵⁵

IV. Ausblick

- ³¹ Was wird die Zukunft bringen? Die Mitteilung der Kommission vom 24.10.2007 bleibt insoweit äußerst vage: Mit dem Grünbuch zum Arbeitsrecht und der Mitteilung zur *Flexicurity* habe die Kommission eine offene Debatte über Themen angestoßen, die für die Zukunft der Arbeitsmärkte und den sozialen Zusammenhalt in Europa von entscheidender Bedeutung seien. Dementsprechend werde die Kommission im Jahr 2008 die notwendigen Schritte unternehmen, um die im Grünbuch angesprochenen Themen in einen breiteren „*Flexicurity*“-Kontext zu stellen. Die drei hier

⁵⁰ Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 18-19.

⁵¹ Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 20.

⁵² Grünbuch (Fn. 1), S. 15 (Frage 9).

⁵³ Stellungnahme der Bundesregierung (Fn. 17), S. 19.

⁵⁴ BVerfG vom 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609 Rn. 34 ff. = DB 2007, 978.

⁵⁵ EuGH vom 12.10.2004 – C-60/03 [Wolff & Müller] – EuGHE I 2004, 9553 = NZA 2004, 1211. Siehe dazu auch *Junker*, Arbeitnehmerentsendung aus deutscher und europäischer Sicht, JZ 2005, 481, 488.

behandelten Themen werden noch einmal in allgemeiner Form erwähnt – Unterstützung reibungsloser Beschäftigungsübergänge, Klarstellung des Wesens von Beschäftigungsverhältnissen sowie Klarstellung der Rechte und Pflichten der Beteiligten bei Untervergabeketten –, wobei als „nächste Schritte“ aber lediglich der Bedarf für bessere Zusammenarbeit, mehr Klarheit oder auch nur mehr und bessere Informationen und Analysen genannt wird.⁵⁶

Derartige Stellungnahmen nähren die Hoffnung, dass der kompetenzwidrige Brüsseler Zentralismus zu einem gewissen Stillstand gekommen ist. Es verdichtet sich der Eindruck, dass es in nächster Zeit kaum Initiativen zu verbindlichen Rechtsakten auf arbeitsrechtlichem Gebiet geben wird. Fraglich ist schon, ob die noch offenen Richtlinienvorhaben der Kommission – insbesondere in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitnehmerüberlassung sowie Portabilität von Betriebsrentenansprüchen – kurzfristig zu einem Ende geführt werden können; im Übrigen sieht es derzeit eher nach der „offenen Methode der Koordinierung“ als nach weiteren Rechtsakten aus. 32

Die Autoren *Jayme* und *Kohler* haben ihren jährlichen Bericht „Europäisches Kollisionsrecht“, der im Internationalen Privat- und Prozessrecht eine Art Kultstatus genießt, für das Jahr 2007 mit dem Titel überschrieben: „Windstille im Erntefeld der Integration“.⁵⁷ „Vergleicht man“ – so schreiben sie – „die wenigen greifbaren Ergebnisse des Berichtszeitraums mit der Fülle der Entwürfe und Vorschläge aus der Zeit davor, so kann man feststellen, dass Windstille im europäischen Kollisionsrecht eingetreten ist. Die zuständigen Gremien befassen sich mit Änderungen im Detail. Manches dreht sich im Kreis.“⁵⁸ 33

Fragt man nach den Gründen für diesen Befund, der so ähnlich auch für das Arbeitsrecht gültig ist, so fallen zwei Ursachen ins Auge: Zum einen ist der Einigungsprozess bei 25 oder 27 Mitgliedstaaten naturgemäß schwieriger als bei sechs, neun, zwölf oder 15 Mitgliedstaaten. Die Erweiterung der Gemeinschaft fordert insoweit, ganz wie es manche Mitgliedstaaten vorhergesagt und erstrebt haben, ihren Tribut. Zum anderen sind aber auch innerhalb der integrationswilligen Mitgliedstaaten, zum Teil infolge früherer Ungeschicklichkeiten oder Hauruck-Aktionen der Kommission und des Rates, die Widerstände größer geworden. 34

Auf dem Gebiet des Internationalen Privat- und Prozessrechts beispielsweise erarbeitet die Wissenschaft nicht mehr nur brav Stellungnahmen zu einzelnen Entwürfen, sondern betritt auch mit offenem Protest gegen die Vergemeinschaftung des Rechts die politische Bühne: So haben kürzlich französische Universitätsprofessoren unter dem Titel „Die Europäische 35

56 Ergebnis Grünbuch (Fn. 2), S. 11-12.

57 *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2007: Windstille im Erntefeld der Integration, IPRax 2007, 493.

58 *Jayme/Kohler*, IPRax 2007, 493.

Union, die Demokratie und der Rechtsstaat“ einen offenen Brief an den Präsidenten der Französischen Republik verfasst, in dem sie vehement gegen die weitere Europäisierung des Rechtsgebiets eintreten – wohlgermerkt des Internationalen Privat- und Prozessrechts, das naturgemäß einen größeren Gemeinschaftsbezug hat als das materielle Recht der Mitgliedstaaten. So dürfte auch auf dem Gebiet des Arbeitsrechts die frühzeitige Aufmerksamkeit, welche die Verbände dem Grünbuch gewidmet haben, ihren Eindruck nicht verfehlt haben und interessierten Kreisen von vornherein die Illusion genommen haben, es könne so weitergehen wie vor einigen Jahren bei den Antidiskriminierungsrichtlinien, die praktisch ohne Beteiligung der Adressaten im Schnellverfahren „durchgewunken“ wurden.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

Das Vorgehen der EU ist intellektuell nicht erquickend. Diese Klassengesellschaft haben wir auch im deutschen Arbeitsrecht. Einerseits haben wir die 1 A-Arbeitnehmer, die vollen Kündigungsschutz genießen und rundherum versorgt sind. Andererseits haben wir die zweitklassigen, die Befristeten, die Leiharbeitnehmer. Da hat sich ein sehr merkwürdiges Einvernehmen zwischen den 1 A-Arbeitnehmern und den Arbeitgebern entwickelt. Deswegen kommt von vielen Betriebsräten kaum Widerstand gegen solche Puffer oder Schutzwälle von Leiharbeitnehmern. Das stabilisiert gerade die Kernbelegschaft. Die wissen, dass sie nicht dran sind, wenn etwas passiert. Ob es richtig ist, dass man in einem Rechtssystem eine solche Klassengesellschaft hat, in der die einen viele, die anderen wenig Rechte bekommen, da habe ich Zweifel. Ich teile den Ansatzpunkt, dass das nicht richtig sein kann. Vielleicht wäre ein mittleres Niveau für alle das Bessere. Allerdings lassen sich die „1 A-Zuckerpüppchen des Arbeitsrechts“ schwerlich dazu bewegen, auf Rechte zu verzichten, nur damit die Prekären oder Deklassierten gleichfalls ein mittleres Niveau erreichen. Das ist ausgeschlossen. Eine Angleichung nach oben funktioniert natürlich ebenso wenig. 36

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich habe zwei Bemerkungen zu dem Vorgetragenen. Zunächst zum Stichwort *Flexicurity*: Ich stimme Herrn *Rieble* zu. Bei der Kommission scheint der Ausgangspunkt der Überlegungen zu sein, dass es eine Zweiklassengesellschaft von Arbeitnehmern gibt: diejenigen, die im voll abgesicherten Arbeitsverhältnis stehen, und diejenigen, die in schwierigeren prekären Verhältnissen sind. Die Abgrenzung der Gruppen ist im Grünbuch allerdings misslungen. Da stimme ich Herrn *Junker* völlig zu. Leiharbeit und befristete Arbeitsverhältnisse würde ich nicht zur Gruppe der Teilzeitarbeitnehmer fassen. Es handelt sich doch um eine ganz anders geartete Gruppe. 37

Ich glaube, durch den *Flexicurity*-Ansatz soll erreicht werden, dass sich Arbeitnehmer auf Veränderungen einlassen und Flexibilität auch emotional annehmen. Flexibilität ist einfach ein wirtschaftliches Bedürfnis. Umgekehrt ist eine gewisse Basissicherheit zu schaffen, die es erlaubt, sich auf Veränderungsprozesse einzulassen. Eine rein arbeitsrechtliche Diskussion greift daher zu kurz. Wir müssen auch das Sozialrecht einbeziehen. Wir müssen uns die Frage stellen, inwieweit Veränderungen, die zu Übergängen oder vielleicht auch zu beschäftigungslosen Zeiten führen, so-

zialrechtlich abgesichert werden. Aus meiner Sicht sind Arbeitnehmer eher bereit, sich auf Veränderungsprozesse einzulassen, wenn sie wissen, dass auch ein gewisser sozialrechtlicher Schutz besteht. In Dänemark ist er sehr stark ausgeprägt. Das wird sich nicht auf jedes Land übertragen lassen. Es ist jedoch zu berücksichtigen. Denn eine rein arbeitsrechtliche Diskussion setzt den Fokus zu eng.

Der zweite Punkt bezieht sich auf die verschiedenen Beschäftigungsarten bzw. Beschäftigungsverhältnisse. Man kann das Rad nicht neu erfinden. Welche Personen in den Arbeitnehmerschutz einzubeziehen sind, kann ernsthaft nur anhand zweier Kriterien beurteilt werden: rechtliche Abhängigkeit und wirtschaftliche Abhängigkeit. Das sind die beiden Grundkriterien. Ich selber präferiere das engere Kriterium der rechtlichen Abhängigkeit. Für Formen wirtschaftlicher Abhängigkeit ist allerdings darüber nachzudenken, welche Schutzmechanismen zu schaffen sind. Sicherlich technischer Arbeitsschutz, Antidiskriminierungsschutz und Schutz der Privatsphäre. Dabei handelt es sich um die ökonomisch weniger relevanten Kriterien. Dagegen können die für die Unternehmen wichtigen Punkte, Flexibilität beim Beschäftigungsauf- und -abbau sowie im monetären Bereich, bei „nur“ wirtschaftlich abhängigen Personen weniger stark ausgeprägt sein.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 38 Herr *Krause*, darf ich Ihnen noch eine Nachfrage stellen? Auf welcher Ebene wollen Sie den Arbeitnehmerbegriff denn geregelt sehen?

Rüdiger Krause:

- 39 Zu der Frage der Regelgeber habe ich mich nicht geäußert. Diese wird Herr *Franzen* in seinem noch zu erscheinenden Beitrag ansprechen. Die Europäische Gemeinschaft kann lediglich Regeln zu einem höheren Sozialschutz schaffen. Nach meiner Ansicht ist sinnvollerweise relativ viel auf nationaler Ebene zu machen. Das gilt insbesondere für das anfangs besprochene Wechselspiel zwischen Arbeitsrecht auf der einen und Sozialrecht auf der anderen Seite. Bisläng gibt es hierfür keine umfassende Kompetenz der Gemeinschaft. Dreht man an einer Stellschraube und führt dies gleichzeitig zu Auswirkungen auf andere Systeme, ist das problematisch. Das klang so auch in der Stellungnahme der Bundesregierung an. Ich möchte mich hier mitnichten als europaphob darstellen. Dennoch bin ich überzeugt, dass mit Augenmaß zu handeln ist.

Professor Dr. Hansjörg Otto, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich denke, dass hinter dem europäischen Arbeitnehmerbegriff, ohne dass ich dem nächsten Referat vorgreifen möchte, doch etwas mehr steckt. Es ist auffällig, dass mit sehr unterschiedlichen Methoden gearbeitet worden ist. Das eine Mal hat man versucht zu definieren und das andere Mal hat man auf das nationale Recht verwiesen. Da die Regelungen einerseits auf den nationalen Ebenen sehr unterschiedlich aussehen können, in Bereichen wie Entsenderecht usw., andererseits die Wettbewerbsbedingungen jedoch gleich sein sollen, ist es schon merkwürdig, wenn Europa dem einen Land deswegen strengere Regularien vorgibt, weil es den Arbeitnehmerbegriff weiter versteht. Es spricht eine ganze Menge dafür, dass stärker darüber nachgedacht wird, auch für diese Fallgruppen Definitionen zu treffen. Es ist jedenfalls ein Widerspruch, auf der einen Seite Wettbewerbsgleichheit zu fordern und auf der anderen Seite für Richtlinien zu werben, die in einem klaren Anwendungsproblem auf das nationale Recht verweisen. Wenn Europa stärker diesen Weg geht, dann bekommen wir möglicherweise auch in Deutschland in bestimmten Themenkomplexen Schwierigkeiten. Wenn wir die Massenrichtlinie oder die Antidiskriminierungsrichtlinie so interpretieren, dass wir einen europäischen Beschäftigtenbegriff verwenden, dann gehen wir immer noch einmal ein kleines Stück weiter. Dann wird es auch zunehmend schwieriger, bei anderen Fragestellungen wie der Arbeitnehmerhaftung zu sagen, es sei zu differenzieren. Da sei man wieder auf dem engeren nationalen Schiff. Ich glaube, das enthält doch etwas mehr Sprengstoff, als es vielleicht auf den ersten Blick erscheint. 40

Abbo Junker:

Vielleicht gerade dazu noch ein Satz: Das würde ich auch so sehen. Das bestärkt auch die Überlegung, dass die Europäische Union schon gut beraten ist, wenn sie den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinien präziser fasst. Man kann in der Tat bei den einzelnen Richtlinien darüber nachdenken, ob etwa arbeitnehmerähnliche Personen in den Anwendungsbereich einbezogen werden sollen oder nicht. Eine Erweiterung in den Bereich der Selbständigen geht natürlich nicht. Dazu hat sich Herr *Bayreuther* im Einzelnen geäußert, indem er ganz richtig sagt, die Einbeziehung von freien Dienstleistern etwa in die Betriebsübergangsrichtlinie wäre völlig abwegig. Das kann niemand wollen. Ich glaube aber, wenn meine Zukunftsprognose richtig ist, dass sich das europäische Arbeitsrecht mittelfristig auf einige Inseln in einem sicherlich kleiner werdenden Meer des autonomen Rechts beschränken wird. Und da muss man schon die Frage stellen, ob nicht für den Bereich, den die Mitgliedstaaten autonom regeln, der Arbeitnehmerbegriff zwingend in den Händen der Mitgliedstaaten bleiben sollte. Es ist natürlich unbefriedigend, dass die Mit- 41

gliedstaaten austarierte Regelungen machen. Wir sehen alle die Diskussionen, die in Deutschland jahrelang andauern, bevor kleine Rechtsänderungen stattfinden. Und die Europäische Union sagt dann, für wen das gelten soll. Das kann irgendwie auch nicht der Weisheit letzter Schluss sein.

Dr. Martin Kraushaar, Führungskräfte Chemie VAA:

- 42 Herr Krause, Sie haben gerade von dem Rechtsgebiet übergreifenden Ansatz gesprochen. Den sehen wir ein Stück weit mit Sorge. Wenn man den Bestandsschutz sozialrechtlich organisieren will, ähnlich wie nach dem Vorbild Dänemarks, stellt sich für uns die Frage, welche Auswirkungen das auf die Beitragsbemessungsgrenzen hat. Irgendjemand muss das ja bezahlen. Und leitende Angestellte zahlen bekanntlich relativ hohe Beiträge. Man muss dann sehr genau anschauen, was man sich an Leistungsverpflichtungen staatlicherseits einhandelt. Ähnlich plädieren wir für eine differenzierte Betrachtungsweise bei Fondsmodellen wie beim österreichischen Abfertigungsgesetz. Es kommt auch bei leitenden Angestellten vor, dass aus den verschiedensten Gründen Arbeitsverhältnisse beendet werden müssen. Aber da muss es Spielräume geben, den Leistungen des jeweiligen Arbeitsverhältnisses entsprechend das Arbeitsverhältnis lösen zu können.

Ein weiterer Punkt: *Flexicurity*. Was schafft Sicherheit bei Beschäftigungsübergängen? Ein großes Plädoyer unserer Seite geht dahin, den Vermögensbegriff oder die Sicherheit nicht nur materiell aufzufassen. Sicherheit oder das individuelle Vermögen sowie die Arbeitsmarktrisiken sind stark bestimmt von der Ausbildung und von den Qualifikationen. Diese werden auch im Unternehmen während des Arbeitslebens erworben und weiterentwickelt. Insofern ist der Ansatz dann doch wieder rechtsgebietsübergreifend. Warum führen wir derzeit keine ausgeprägtere Diskussion über die Möglichkeit steuerlich geförderten Bildungssparens? Es wäre zum Beispiel durchaus ein Ansatz, Qualifikationen während des Arbeitslebens zu erwerben oder gewissermaßen solche Konten aufzubauen, um Sicherheit für Beschäftigungsrisiken zu erreichen.

Volker Rieble:

- 43 Das können Sie mit jedem normalen Arbeitszeitkonto, das sowohl steuerlich als auch beitragsrechtlich privilegiert ist. Da können Sie in das Wertkonto angesparte Stunden einstellen. Sie können diese schon heute, ohne jede Gesetzesänderung und zusätzliche steuerliche Privilegien, selbstverständlich später als Bildungszeit abrufen. Dann würde der Arbeitnehmer über sein Zeitwertkonto die Zeit finanzieren, der Arbeitgeber müsste noch die Unterrichtsleistung qualifizieren. Das kann nicht zweimal gefördert werden. Insofern muss man sich dann schon überlegen, ob es nicht eine

ungerechtfertigte Subvention wäre. Es gibt auch Tarifparteien, die inzwischen eine Art Zwangssparen verordnen: Überstunden, die über ein bestimmtes Maß hinausgehen, dürfen nicht mehr ausbezahlt werden, sondern werden von Tarifvertrags wegen in ein solches Zeitwertkonto eingestellt. Sie bekommen natürlich ein kleines Problem mit dem Günstigkeitsprinzip und dem Problem der Lohnverwendungsfreiheit. Ob das wirklich geht, ist die eine Frage. Aber in der Praxis scheint es mir zu funktionieren. Vielleicht ist das dann auch eher ein pragmatischer Ansatz, dass es weniger um zusätzliche finanzielle Anreize geht, sondern darum, den Leuten auch in jungen Jahren klar zu machen, dass sie auch eine Bildungsvorsorge treffen müssen.

§ 2 Der einzelstaatliche Charakter der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte

	Rn.
A. Referat Sebastian Krebber	1
I. Einleitung	1
1. Der politische Charakter der Entscheidungen über Ver- abschieden, Regelungsinhalt und Regelungstiefe ar- beitsrechtlicher Richtlinien	1
2. Das Verhältnis von Richtlinie und mitgliedstaatlichem Arbeitsrecht	4
3. Fragestellung	7
II. Der einzelstaatliche Charakter der mitgliedstaatlichen Re- gelungen zur Entlastung des Arbeitgebers vom Risiko der wirtschaftlichen Verwendung des Arbeitnehmers	8
1. Konkretisierung der Fragestellung	8
2. Ausgangspunkt des Grünbuchs	9
3. Jüngere Entwicklungen des Individualarbeitsrechts in ausgewählten Mitgliedstaaten	12
a. Recht des Beendigungsschutzes	12
[1] Deutschland	12
[2] Italien	13
[3] Frankreich	15
[4] Spanien	17
b. Arbeit auf Abruf	19
c. Gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung	21
4. Schlüsse aus dem rechtsvergleichenden Überblick	24
a. Wandel des Individualarbeitsrechts vom Arbeit- nehmerschutzrecht zum Arbeitsmarktrecht	24
b. Arbeitsmarktrecht als mitgliedstaatliches Recht	28
c. Fazit	30
III. Arbeitnehmerbegriff, arbeitnehmerähnliche Person und Scheinselbständigkeit als Konzepte einzelstaatlichen Cha- rakters	31
1. Konkretisierung der Fragestellung	31
2. Herausbildung von Besonderheiten in der historischen Entwicklung einzelner mitgliedstaatlicher Arbeitsrech- te am Beispiel der Entstehung regionaler industrieller Distrikte in Italien	33
3. Normativer mitgliedstaatlicher Hintergrund der Scheinselbständigkeit	36
IV. Konsequenzen für die Harmonisierung	38

1.	Harmonisierung als gewollte Mißachtung der Einzelstaatlichkeit der anzugleichenden Rechte	38
2.	Handlungsmöglichkeiten der EU bei Beachtung des einzelstaatlichen Charakters der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte	41
V.	Zusammenfassung in Thesen	43
B.	Diskussion	50

A. Referat Sebastian Krebber*

I. Einleitung

1. Der politische Charakter der Entscheidungen über Verabschieden, Regelungsinhalt und Regelungstiefe arbeitsrechtlicher Richtlinien

Nur die wenigsten existierenden Richtlinien des europäischen Arbeitsrechts und ihre jeweilige Regelungstiefe lassen sich aus einem Sachzwang oder aus rechtlichen Erwägungen heraus erklären. Das europäische Primärrecht kennt spätestens seit dem Vertrag von Amsterdam aus dem Jahr 1996 zwar genuine Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass von Rechtsakten des europäischen Arbeitsrechts zum Zweck der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte. Doch fehlt eine rechtliche Festlegung in den Verträgen, wann und unter welchen Voraussetzungen von einer Ermächtigungsgrundlage in der Sozialpolitik Gebrauch zu machen ist. Weder aus den Zielbestimmungen zum sozialen Fortschritt, Art. 2 Spiegelstrich 1 EUV und Art. 2 EGV, noch aus Art. 136 EGV, der allgemeinen Umschreibung der Sozialpolitik, lassen sich Aufträge zu einem bestimmten Handeln entnehmen,¹ so daß sich, anders als etwa bei der Verwirklichung des Binnenmarktes aufgrund der vertraglichen Vorgaben, kein europäisches sozialpolitisches Arbeitsprogramm erstellen läßt.

Soweit sich aus dem Vertragstext umgekehrt Grenzen der Harmonisierungsbefugnis begründen lassen – etwa zur Tiefe möglicher europäischer Regelungen aus dem Zusammenspiel der Eingangsworte der wichtigsten arbeitsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage von Art. 137 Abs. 2 EGV („Zu diesem Zweck“) mit der Grundaussage des Art. 137 Abs. 1 EGV, daß die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten lediglich ergänzt und unterstützt² oder allgemein aus dem Subsidiaritätsprinzip –, wird sich kein Kenner des europäischen Arbeitsrechts über die praktische Wirksamkeit einer solchen Harmonisierungsbremse Illusionen machen.

Nicht anders als zu der Zeit des sozialpolitischen Aktionsprogramms der 70er Jahre,³ auf dessen Grundlage die ersten arbeitsrechtlichen Richtlinien erlassen wurden, obwohl eine arbeitsrechtliche Ermächtigungsgrundlage in jener Zeit nicht existierte,⁴ erscheint vielmehr auch heute die Entscheidung über Verabschiedung, Regelungsinhalt sowie -tiefe einer ar-

* Professor Dr. Sebastian Krebber, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

1 Zur geringen rechtlichen Bedeutung der Zielbestimmungen siehe *Blanke*, in: *Calliess/Ruffert* (Hg.), *EUV/EGV Kommentar*, 3. Aufl. (2007), Art. 2 EUV Rn. 3; *Ruffert*, in: ebendort, Art. 2 EGV Rn. 5.

2 Vgl. nur *Krebber*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 137 EGV Rn. 5.

3 Entschließung des Rates vom 21.1.1974 über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm, ABLEG Nr. C 13 vom 12.2.1974, S. 1.

4 Statt vieler *MünchArbR/Birk*, Bd. 1, 2. Aufl. (2000), § 18 Rn. 11.

beitsrechtlichen Richtlinie im Kern politischen Charakters zu sein. Die Initiative geht von der Kommission aus. Als diese also Ende November 2006 in einem sog. Grünbuch an die Öffentlichkeit trat,⁵ um auf europäischer Ebene eine Auseinandersetzung um die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts anzustoßen, wurde ein entsprechender politischer Prozeß eingeläutet.

2. Das Verhältnis von Richtlinie und mitgliedstaatlichem Arbeitsrecht

- 4 Europäische Gesetzgebung als Gesetzgebung durch einen supranationalen Gesetzgeber ist im Bereich des Arbeitsrechts durch den Wesenszug gekennzeichnet, daß sie typischerweise in Konkurrenz zum mitgliedstaatlichen Arbeitsrecht tritt. Ausnahme ist die Regelung genuin grenzüberschreitender Sachverhalte wie in der Richtlinie über Europäische Betriebsräte⁶ oder im Zusammenhang mit der Schaffung einer europäischen Gesellschaftsform,⁷ die ein einzelner mitgliedstaatlicher Gesetzgeber nicht bewirken kann. Eine weitere theoretische Ausnahme ist die Konstellation, in der das Europäische Arbeitsrecht eine Frage zum Gegenstand hat, die in den Mitgliedstaaten unbewußt nicht geregelt ist. Wenngleich diese Situation im Verhältnis zu einem oder vereinzelt Mitgliedstaaten auftauchen kann, ist sie gegenüber allen 27 Mitgliedstaaten kaum mehr vorstellbar.
- 5 Eine arbeitsrechtliche Richtlinie trifft daher typischerweise auf eine mitgliedstaatliche Regelung oder es wurde bewußt von einer solchen abgesehen. In beiden Konstellationen hat der Mitgliedstaat festgelegt, wie seiner Vorstellung nach das in Frage stehende Thema behandelt werden soll. Das gemeinschaftsrechtliche Instrumentarium bietet mit der Mindestharmonisierung, Art. 137 Abs. 4 Spiegelstrich 2 EGV, nur ein einziges Prinzip, welches bei Auflösen der so entstehenden Normenkonkurrenz zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Regelung den materiellen Gehalt beider Regelungen im Blick hat: Dem Mitgliedstaat sind „strengere Schutzmaßnahmen“ zugunsten des Arbeitnehmers erlaubt, als sie durch die Richtlinie statuiert werden. Von dieser engen Ausnahme abgesehen ist

5 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ vom 22.11.2006, KOM(2006) 708 endgültig.

6 Richtlinie 94/45/EG vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABIEG Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 64.

7 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft, ABIEG Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 1; Richtlinie 2001/86/EG vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABIEG Nr. L 294 vom 10.11.2001, S. 22.

der Anwendungsvorrang des Europarechts maßgeblich.⁸ Hierbei handelt es sich um ein formales Werkzeug, mit dem sich eine einmal existierende europarechtliche Regelung ohne Rücksicht auf die jeweilige materielle Ausgestaltung der konkurrierenden Normen Durchsetzung verschafft.

Zwei Aspekte sind insoweit von besonderer Bedeutung: Zum einen erfolgt das Einwirken auf die mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte nicht auf der Basis umfassender europarechtlicher Grundlagen des Arbeitsrechts. Mit Ausnahme des Arbeitsschutzrechts, des Antidiskriminierungsrechts und der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁹ besteht das europäische Arbeitsrecht nur aus vereinzelt Mosaiksteinen ohne systematischen Zusammenhang. Ein diese Regelungen verbindender dogmatischer Überbau fehlt ebenso wie eine europarechtliche Bestimmung der Grundbegriffe. Damit wird jeweils nur punktuell in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen eingegriffen. Wie der Eingriff in das mitgliedstaatliche Arbeitsrecht einzubauen ist, ist der Aufgabenverteilung des Europarechts nach nicht mehr Sache der Gemeinschaft, sondern der Mitgliedstaaten. Da der Anwendungsvorrang des europäischen Arbeitsrechts inzwischen gegenüber 27 mitgliedstaatlichen Arbeitsrechten beansprucht wird, hadern zweitens aber möglicherweise 27 Mitgliedstaaten mit der Frage, wie sie die punktuelle europäische Regelung in ihr rechtliches, ihr rechts- sowie wirtschaftspolitisches System inkorporieren können.

3. Fragestellung

Folglich sollte vor Verabschiedung einer Richtlinie Klarheit darüber bestehen, wie sie in das mitgliedstaatliche System paßt. Diese Frage wird im folgenden für zwei Themenbereiche des Grünbuchs untersucht: erstens die Ausgestaltung von typischem und atypischem Arbeitsverhältnis, also insbesondere¹⁰ von Kündigungsschutz,¹¹ befristetem Arbeitsverhältnis,¹² Teilzeitarbeit,¹³ gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung,¹⁴ sonstiger arbeitsrechtlicher Drittbeziehungen¹⁵ und Arbeit auf Abruf.¹⁶ Zum atypischen Arbeitsverhältnis zählt die Kommission zweitens Konstellationen, in denen es unserer Dogmatik nach um die Frage geht, ob überhaupt ein

8 Seit EuGH vom 15.7.1964 – 6/64 [Costa/ENEL] – EuGHE 1964, 1251 = NJW 1964, 2371.

9 Eine weitere Ausnahme ist das Arbeitsrecht der Bediensteten der Organe der EU, bei dem sich jedoch die Frage nach dem Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht nicht stellt.

10 Eher am Rande werden erwähnt: Saisonarbeit, Grünbuch (Fn. 5), S. 6; Telearbeit, Grünbuch (Fn. 5), S. 7.

11 Grünbuch (Fn. 5), S. 4, 10 f.

12 Grünbuch (Fn. 5), S. 6 und öfter.

13 Grünbuch (Fn. 5), S. 6 und öfter.

14 Grünbuch (Fn. 5), S. 6 und öfter, insbesondere S. 14 f.

15 Grünbuch (Fn. 5), S. 14.

16 Grünbuch (Fn. 5), S. 8.

Arbeitsverhältnis vorliegt.¹⁷ Scheinselbständigkeit,¹⁸ arbeitnehmerähnliche Person¹⁹ sowie allgemein die Arbeitnehmerdefinition²⁰.

II. Der einzelstaatliche Charakter der mitgliedstaatlichen Regelungen zur Entlastung des Arbeitgebers vom Risiko der wirtschaftlichen Verwendung des Arbeitnehmers

1. Konkretisierung der Fragestellung

- 8 Mein erstes Beispiel greift die Versuche in den alten Mitgliedstaaten vor allem seit den 90er Jahren auf, auf den durch die Globalisierung entstandenen Wettbewerb der Arbeitskosten und der Arbeitsrechte zu reagieren. Als Anreiz für Arbeitgeber, Arbeitsplätze zu schaffen oder wenigstens nicht abzubauen, konzentrieren sich diese Versuche in weiten Teilen auf Wege, die den Arbeitgeber vom Risiko der wirtschaftlichen Verwendbarkeit des Arbeitnehmers unmittelbar – in Form von Lockerung des Beendigungsschutzes – oder mittelbar – durch Leiharbeit und Arbeit auf Abruf – entlasten. Wie vertragen sich die Ergebnisse dieser Bemühungen auf mitgliedstaatlicher Ebene mit der Vorstellung einer europarechtlichen Harmonisierung?

2. Ausgangspunkt des Grünbuchs

- 9 Die Betrachtung des typischen und des atypischen Arbeitsverhältnisses wird im Grünbuch sehr allgemein gehalten. Anhand europaweiter Statistiken wird die zunehmende Verbreitung atypischer Arbeitsverhältnisse dargestellt.²¹ Typisches und atypisches Arbeitsverhältnis werden mit zahlreichen Namen versehen,²² doch wird ihre Gestaltung in den mitgliedstaatlichen Arbeitsrechten über den nichtssagenden Satz, die Reformen seit den frühen 90er Jahren konzentrierten sich auf eine „Lockerung bestehender Bestimmungen“,²³ hinaus nicht herausgearbeitet.²⁴

17 Vgl. nur Grünbuch (Fn. 5), S. 8.

18 Grünbuch (Fn. 5), S. 12 (verschleierte Beschäftigung).

19 Grünbuch (Fn. 5), S. 13 (wirtschaftlich abhängige Arbeit) sowie in Fn. 34 der einzige Versuch im Grünbuch, auf arbeitsrechtliche Terminologie einzugehen.

20 Grünbuch (Fn. 5), S. 16 f.

21 Grünbuch (Fn. 5), S. 8 f.

22 Das atypische Arbeitsverhältnis wird u.a. als alternative Beschäftigungsform (vgl. nur Grünbuch [Fn. 5], S. 3), als alternatives Arbeitsvertragsmodell (Grünbuch [Fn. 5], S. 6), als flexiblere Beschäftigungsform (Grünbuch [Fn. 5], S. 6), als Nichtstandardarbeitsvertrag (Grünbuch [Fn. 5], S. 9) oder als prekäres Beschäftigungsverhältnis (Grünbuch [Fn. 5], S. 3) bezeichnet. Das typische Arbeitsverhältnis hat folgende Etiketten: Standardarbeitsvertrag (Grünbuch [Fn. 5], S. 3 und öfter), reguläre Beschäftigung (Grünbuch [Fn. 5], S. 8) und traditionelles Modell (Grünbuch [Fn. 5], S. 5, mit dem Versuch einer Definition).

23 Grünbuch (Fn. 5), S. 6.

Das Grünbuch setzt damit an groben Eckpunkten an, die die jeweilige Erscheinungsform mehr aus einer tatsächlichen, denn aus einer rechtlichen Perspektive heraus umschreiben.²⁵ So gesehen ist das typische Arbeitsverhältnis, klassischen Produktionsmethoden folgend, eine Zweierbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.²⁶ Das Arbeitsverhältnis berechtigt den Arbeitgeber, vom Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu fordern und ist Grundlage seines Direktionsrechts. Das Arbeitsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit eingegangen. Der Arbeitnehmer stellt seinem Arbeitgeber zudem seine volle Arbeitskraft zur Verfügung. Seine Arbeit verrichtet der Arbeitnehmer schließlich in einem Betrieb seines Arbeitgebers.²⁷ Atypisch sind demgegenüber alle Arbeitsverhältnisse, in denen eines dieser Elemente fehlt: befristetes Arbeitsverhältnis, Leiharbeit, Arbeit auf Abruf. Grund für ihre zunehmende Verbreitung soll die durch technischen Fortschritt, globalisierungsbedingten Wettbewerb, Entwicklung des Dienstleistungssektors sowie auch wandelnde Verbraucherwünsche und Produktionsmethoden bedingte Notwendigkeit größerer Flexibilität sein.²⁸

Die Orientierung des Grünbuchs an tatsächlichen Elementen wie Verbreitung, Rahmenbedingungen und Eckpunkten der Ausgestaltung erweckt erstens den Eindruck einer europäischen Bezugsebene der Problematik.

24 Selbst auf bereits bestehende Richtlinien, die teilweise eine Definition versuchen, wird nur oberflächlich Bezug genommen, Grünbuch (Fn. 5), S. 7. Definition des befristeten Arbeitsverhältnis in § 3 Nr. 1 der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, Richtlinie 1999/70/EG vom 28.6.1999, ABLEG Nr. L 175 vom 10.7.1999, S. 43: „Im Sinne dieser Vereinbarung ist „befristet beschäftigter Arbeitnehmer“ eine Person mit einem direkt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag oder -verhältnis, dessen Ende durch objektive Bedingungen wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird“; ähnlich Art. 1 Nr. 1 Richtlinie 91/383/EWG vom 25.6.1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABLEG Nr. L 206 vom 29.7.1999. – Definition der Leiharbeit in Art. 1 Nr. 2 der bereits erwähnten Richtlinie 91/383/EWG: „Leiharbeitsverhältnisse zwischen einem Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber einerseits und einem Arbeitnehmer andererseits, wobei letzterer zur Verfügung gestellt wird, um für und unter Kontrolle eines entleihenden Unternehmens und/oder einer entleihenden Einrichtung zu arbeiten“.

25 Siehe Grünbuch (Fn. 5), S. 5.

26 Vgl. *Ogris*, Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert, RdA 1967, 286, 294.

27 Die „Leistung von Arbeit gegen Lohn durch freie Menschen nach den Weisungen des Leistungsberechtigten und unter Eingliederung in seinen Betrieb“ wird daher zu Recht als Grundtatbestand des Arbeitsrechts bezeichnet, siehe *Mestitz*, Probleme der Geschichte des Arbeitsrechts, ZNR 1980, 47, 47 f.

28 Grünbuch (Fn. 5), S. 5.

Zweitens erscheint es, als sei die rechtliche Gestaltung von typischem und atypischem Arbeitsverhältnis in den mitgliedstaatlichen Regelungen unerheblich. Diese Vorstellung wird im folgenden mit Struktur und Entwicklung des Beendigungsschutzes, der Arbeit auf Abruf sowie des Rechts der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung in ausgewählten Mitgliedstaaten kontrastiert.

3. Jüngere Entwicklungen des Individualarbeitsrechts in ausgewählten Mitgliedstaaten

a. Recht des Beendigungsschutzes

[1] Deutschland

- ¹² Das Nachdenken in Deutschland hat sich in einem Ausweiten von Ausnahmetatbeständen niedergeschlagen:²⁹ Anheben des für die sachliche Anwendbarkeit maßgeblichen Schwellenwertes in § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auf mehr als zehn regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer;³⁰ Einführen von § 1a KSchG mit der Möglichkeit, den Bestands- durch Abfindungsschutz zu ersetzen, ohne daß die Voraussetzungen des § 9 KSchG vorlägen;³¹ Ermöglichen von Befristungen ohne sachlichen Grund i.S.v. § 14 Abs. 1 TzBfG aufgrund folgender, sukzessive eingeführter Ausnahmetatbestände: während der ersten beiden Jahre, § 14 Abs. 2 TzBfG, in den ersten vier Jahren nach Unternehmensgründung, § 14 Abs. 2a TzBfG³² sowie nach § 14 Abs. 3 TzBfG bei älteren Arbeitnehmern.³³ § 14 Abs. 2 Satz 3

²⁹ Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz) vom 25.9.1996, BGBl. 1996 I, S. 1476; Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge vom 21.12.2000, BGBl. 2000 I, S. 1966; Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. 2002 I, S. 14607; Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl. 2003 I, S. 3002.

³⁰ In einem ersten Versuch durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz (Fn. 29), dann erneut durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt (Fn. 29).

³¹ Eingeführt durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt (Fn. 29).

³² Eingeführt durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt (Fn. 29).

³³ Die letztgenannte Regelung ist immer wieder geändert worden: In der ursprünglichen Fassung des § 1 Abs. 2 Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 lag die maßgebliche Altersgrenze bei 60 Jahren. Durch das TzBfG wurde sie 2000 auf 58 Jahre und durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt 2002 befristet auf 52 Jahre gesenkt, Nachweise zu den Gesetzen in Fn. 29. Auf die Entscheidung EuGH vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 [Mangold] – EuGHE I 2005, 9981 = AP Nr. 1 zu Richtlinie 2000/78/EG Rn. 78, hin, der in dieser Regelung einen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung gesehen hat, wurde § 14 Abs. 3 TzBfG durch das Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen vom 19.4.2007, BGBl. 2007 I, S. 538, schließlich dahingehend geändert, daß ab Vollendung des 52. Lebensjahrs und

TzBfG schließlich sieht vor, durch Tarifvertrag von § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG auch zu Lasten des Arbeitnehmers abweichen zu können. Auf der anderen Seite wurden der allgemeine Kündigungsschutz insgesamt – etwa durch ein Ersetzen des Bestands- durch einen Abfindungsschutz – nicht angerührt. Auch die Befristung wurde nicht allgemein freigegeben.

[2] Italien

Der italienische Kündigungsschutz wurde in jüngerer Zeit nicht angetastet. Den gesetzlichen Grundlagen zufolge ist er zweigeteilt: Unterhalb bestimmter Schwellenwerte³⁴ wird bei rechtswidriger Kündigung Abfindungsschutz gewährt,³⁵ Art. 8 legge 604/1966. Erst jenseits der Schwellenwerte kann der Arbeitnehmer Wiedereinstellung (*reintegrazione*) verlangen, Art. 18 legge 300/1970.³⁶ Nach früherem wie nach geltendem Befristungsrecht ist lediglich eine Sachgrundbefristung erlaubt.³⁷ Allerdings wurden die Sachgründe 2001 neugefaßt. Grund war, daß die im früheren Gesetz festgelegten Voraussetzungen als in der Praxis nicht kontrollierbar eingeschätzt wurden.³⁸ Die Höchstgrenze der Befristung beträgt drei Jah-

viermonatiger Beschäftigungslosigkeit eine bis zu fünfjährige Befristung möglich ist.

- 34 Art. 18 legge 300/1970: mehr als 15 Arbeitnehmer in der Betriebsstätte (*sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo*), in der der gekündigte Arbeitnehmer beschäftigt war oder mehr als 60 Arbeitnehmer insgesamt. Dazu ausführlich *Amoroso/Di Cerbo/Maresca*, *Il Diritto del Lavoro*, Bd. 2: *Statuto dei Lavoratori e Disciplina dei Licenziamenti*, 2. Aufl. (2006), S. 639 ff.; *Commentario Breve alle Leggi sul Lavoro/Grandi/Pera*, 3. Aufl. (2005), Art. 18 *Statuto dei Lavoratori*, Anm. II Rn. 1 ff.
- 35 Sog. *tutela obbligatoria* oder *debole*, vgl. nur *Commentario Breve alle Leggi sul Lavoro/Grandi/Pera* (Fn. 34), Art. 18 *Statuto dei Lavoratori*, Anm. I Rn. 1.
- 36 Sog. *tutela reale* oder *forte*, *Commentario Breve alle Leggi sul Lavoro/Grandi/Pera* (Fn. 34), Art. 18 *Statuto dei Lavoratori*, Anm. I Rn. 1. Alternative ist eine erhöhte Abfindungszahlung gemäß Art. 18 Abs. 5 legge 300/1970. Es wird berichtet, in der Praxis werde die Wiederaufnahme der Arbeit gegen den Willen des Arbeitgebers – anders als die sonstigen Rechte des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis – nicht durchgesetzt, *Sconamiglio*, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 2. Aufl. (2005), S. 445 f.
- 37 *Tiraboschi*, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio: un processo di liberalizzazione?*, *Revista Italiana di Diritto del Lavoro (R.I.D.L.)* 2006, Teil I, 477, 503.
- 38 Vgl. *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali* (Hg.), *Libro Bianco sul Mercato del Lavoro in Italia* (2001), S. 71 f. (abrufbar unter <http://www.ambientediritto.it/Legislazione/SicurezzaLavoro/anno%202001/libro%20bianco%20lavoro.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.1.2008); siehe auch *Ghera*, *Diritto del Lavoro*, 2. Nachdruck (2005) der 2. Aufl. (2004), S. 259. So hatte sich etwa das Regel-/Ausnahmeverhältnis zugunsten des unbefristeten Arbeitsverhältnis in sein Gegenteil verkehrt, *Tiraboschi*, *R.I.D.L.* 2006, Teil I, 477, 501.

re, Art. 4 Abs. 1 *decreto legislativo* 368/2001,³⁹ innerhalb dieser Zeit ist eine einmalige Verlängerung möglich, Art. 4 Abs. 1 Satz 2 *decreto legislativo* 368/2001.⁴⁰

- 14 Obwohl überwiegend nicht unmittelbar an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ansetzend,⁴¹ stellen die mit dem Namen *Biagi* verbundenen Reformen des Jahres 2003⁴² zur Flexibilisierung des Arbeitsmarkts aber einen einschlägigen Vertragstypus zur Verfügung: Der *contratto di inserimento* erlaubt bei einer Dauer zwischen neun und höchstens 18 Monaten⁴³ die Einstellung eines Arbeitnehmers bei geringerer Bezahlung.⁴⁴ Der in Frage kommende Personenkreis ist in Personengruppen umschrieben, die nach Einschätzung des Gesetzgebers auf dem italienischen Arbeitsmarkt einen schwachen Stand haben: 18- bis 29jährige, Langzeitarbeitslose zwischen 29 und 32, Arbeitslose über 50, Arbeitnehmer mit wenigstens zweijähriger Beschäftigungspause, Frauen in Gegenden mit unterdurchschnittlicher Beschäftigungsquote weiblicher Arbeitnehmer sowie Arbeitnehmer mit Behinderung.⁴⁵

[3] Frankreich

- 15 Das französische Recht des Beendigungsschutzes, insbesondere das besonders strenge Regime zur Befristung von Arbeitsverhältnissen – selbst

39 Das frühere Recht kannte keine absolute Höchstgrenze, siehe Art. 2 Abs. 1 legge 230/1962; die Höchstdauer war bei einmaliger Verlängerungsmöglichkeit vielmehr vom sachlichen Grund abhängig, der der Befristung zugrunde lag.

40 Über diesen Zeitraum hinaus kennt das italienische Recht lediglich eine sog. Toleranzgrenze (*periodo di tolleranza*) des Art. 5 *decreto legislativo* 368/2001 von bis zu 30 Tagen, nach deren Ablauf das befristete Arbeitsverhältnis sich in ein unbefristetes wandelt. Zur Möglichkeit eines weiteren befristeten Arbeitsverhältnis nach Beendigung des ersten sowie einer Pause, siehe Art. 5 Abs. 3 *decreto legislativo* 368/2001.

41 Das *decreto legislativo* 276/2003, *Gazzetta Ufficiale* Nr. 235 vom 9.10.2003 – *Supplemento Ordinario* Nr. 159; erlassen auf der Grundlage der legge 30/2003, *Gazzetta Ufficiale* Nr. 47 vom 26.2.2003, sog. legge Biagi befaßt sich mit Leiharbeit (Art. 20 ff.), job-sharing (Art. 41 ff.), Teilzeit (Art. 46 ff.), Berufsausbildung (Art. 47 ff.), parallel dazu einem Eingliederungsvertrag (Art. 54 ff.), arbeitnehmerähnlichen Personen (Art. 61 ff.) sowie Gelegenheitsarbeiten (Art. 70 ff.); in deutscher Sprache *Fuchs*, *Flexibilität à la carte – Die Reform des italienischen Arbeitsrechts*, NZA 2004, 956, 956 ff.

42 *Decreto legislativo* 276/2003 (Fn. 41). Zum Hintergrund, *Pirrone/Sestito*, *Le fattispecie contrattuali della riforma Biagi: alcune considerazioni di carattere giuridico, economico e pragmatico*, R.I.D.L. 2006, Teil I, 21, 23 ff.

43 Art. 57 *decreto legislativo* 276/2003 (Fn. 41).

44 Art. 59 *decreto legislativo* 276/2003 (Fn. 41).

45 Art. 54 Abs. 1 *decreto legislativo* 276/2003 (Fn. 41). Zum Eingliederungsvertrag, *De Cristofaro*, in: *Suppiej/De Cristofaro/Cester*, *Diritto del Lavoro – Il Rapporto Individuale*, 3. Aufl. (2005), S. 294 ff.; *Ghera*, *Diritto del Lavoro* (Fn. 38), S. 355.

bei Vorliegen eines sachlichen Grundes i.S.v. Art. L 122-1-1 *Code du Travail*⁴⁶ beträgt die Höchstdauer der Befristung grundsätzlich 18 Monate, Art. L 122-1-2 Abs. 2 *Code du Travail* –, ist in seinem Kern ebenfalls keinen Reformen unterzogen worden. Wiederum wurden Ausnahmetatbestände geschaffen: zwei Vertragstypen, die unter bestimmten Voraussetzungen anstelle des unbefristeten und des befristeten Arbeitsverhältnis des allgemeinen Regimes treten können,⁴⁷ der *Contrat nouvelles embauches (CNE)*⁴⁸ und der *Contrat premières embauches (CPE)*;⁴⁹ geltendes

46 „Le contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans les cas suivants:

1 Remplacement d'un salarié en cas d'absence, de passage provisoire à temps partiel, conclu par avenant à son contrat de travail ou par échange écrit entre ce salarié et son employeur, de suspension de son contrat de travail, de départ définitif précédant la suppression de son poste de travail ayant fait l'objet d'une saisine du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, s'il en existe, ou en cas d'attente de l'entrée en service effective du salarié recruté par contrat à durée indéterminée appelé à le remplacer;

2 Accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise;

3 Emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs d'activité définis par décret ou par voie de convention ou d'accord collectif étendu, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois;

4 Remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale, d'une personne exerçant une profession libérale, de son conjoint participant effectivement à l'activité de l'entreprise à titre professionnel et habituel ou d'un associé non salarié d'une société civile professionnelle, d'une société civile de moyens ou d'une société d'exercice libéral;

5 Remplacement d'un chef d'exploitation agricole ou d'entreprise tels que définis aux 1^o à 4^o de l'article L. 722-1 du code rural, d'un aide familial, d'un associé d'exploitation, ou de leur conjoint visé à l'article L. 722-10 du même code dès lors qu'il participe effectivement à l'activité de l'entreprise ou de l'exploitation agricole.“

47 Literatur in deutscher Sprache: *Le Friant*, Frankreich: „Neue Arbeitsverträge“: Mittel im Kampf gegen Arbeitslosigkeit? Der "Contrat premières embauches", der "Contrat nouvelles embauches" – Lektionen eines Misserfolges, AuR 2006, 423, 423 ff.; *Kaufmann*, Schwächung des Kündigungsschutzes oder solide Beschäftigungspolitik in Frankreich?, DRdA 2007, 173, 173 ff.

48 Ordonnance 2005-893 vom 2.8.2005 relative au contrat de travail nouvelles embauches, J.O. vom 3.8.2005, Text unter <http://www.legifrance.gouvomfr/texteconsolide/SEFBJ.htm>, zuletzt abgerufen am 30.1.2008. Diese Ordonnance wurde auf der Grundlage der Loi 2005-846 vom 26.7.2005 habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi, J.O. vom 27.7.2005, Text unter www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000265768&dateTexte=&fastPos=1&fastReqId=1878946304&oldAction=rechTexte, zuletzt abgerufen am 30.1.2008, verabschiedet. Die den CNE betreffenden Artikel der Ordonnance 2005-893 vom 2.8.2005 werden durch Art. 12 Abs. 2 Ziffer 25 Ordonnance 2007-329 du 12

Recht ist nur (oder vielleicht besser: noch) der *CNE*.⁵⁰ *CNE* und *CPE* sind als unbefristete Arbeitsverhältnisse konzipiert.⁵¹ Die Erleichterung der Beendigung des erfaßten Arbeitsverhältnisses wird über eine auf höchstens zwei Jahre befristete Nichtanwendung des allgemeinen Kündigungs-schutzregimes erreicht.⁵² *CNE* und *CPE* können während dieser Zeit jederzeit ohne Kündigungsgrund, mit einer im Vergleich zum allgemeinen Re-gime verkürzten Kündigungsfrist⁵³ sowie ohne Einhalten des nach franzö-sischem Arbeitsrecht aufwendigen Kündigungsverfahrens⁵⁴ durch Ein-schreiben⁵⁵ beendet werden. In der französischen Literatur werden sie neben dem befristeten und dem unbefristeten entweder als eine dritte sys-tematische Kategorie eines Arbeitsverhältnisses oder aber als Verlänge-rung der Probezeit betrachtet.⁵⁶ Dem Arbeitnehmer steht im Falle der Kündigung eine Abfindung zu, die niedriger ist als die Abfindung bei rechtswidriger Kündigung nach allgemeinem Schutzregime.⁵⁷

-
- 49 mars 2007 relative au code du travail (partie législative), J.O. vom 13.3.2007, mit Wirkung bei Inkrafttreten einer neuen partie réglementaire du Code du Travail oder spätestens zum 1.3.2008 aufgehoben. Eine Aufhebung des CNE ist damit, soweit ersichtlich, nicht beabsichtigt.
- 50 Verabschiedet als Art. 8 Loi 2006-396 vom 31.3.2006 pour l'égalité des chan-ces, J.O. vom 2.4.2006.
- 51 Art. 8 Loi 2006-396 (Fn. 49) wurde aufgehoben durch Loi 2006-457 vom 21.4.2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise, J.O. vom 22.4.2006. Zum Schicksal des CNE herrscht seit Conseil de Prud'Hommes de Longjumeau vom 15.3.2006, RJS 2006, Nr. 877, 615 ff., insbesondere wegen eines möglichen Verstoßes gegen das IAO-Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses von 1982, Unsicherheit; vgl. *P. Lyon-Caen*, Comment sauver le CNE?, Dr. soc. 2006, 1088, 1088 ff.
- 52 CNE: Art. 2 Abs. 1 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48); CPE: Art. 8 Abs. II Unter-abs. 1 Loi 2006-396 (Fn. 49).
- 53 CNE: Art. 2 Abs. 2 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48); CPE: Art. 8 Abs. 2 Unter-abs. 2 Loi 2006-396 (Fn. 49). Nicht anwendbar sind danach die Art. L 122-4 bis L 122-11, L 122-13 bis L 122-14-14 sowie L 321-1 bis L 321-17. Die beiden ersten Gruppen betreffen die allgemeinen Vorschriften zur Beendigung von Arbeits-verhältnissen wie insbesondere Kündigungsfrist, Kündigungsverfahren, Kündi-gungsgründe und Abfindungsregelungen, die dritte das Schutzregime bei der betriebsbedingten Kündigung.
- 54 CNE: Art. 2 Abs. 3 Ziffer 2 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48); CPE: Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 4 Ziffer 2 Loi 2006-396 (Fn. 49).
- 55 Art. L 122-14 ff. Code du Travail sowie Art. L 321-1 ff. Code du Travail.
- 56 CNE: Art. 2 Abs. 3 Ziffer 1 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48); CPE: Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 4 Ziffer 1 Loi 2006-396 (Fn. 49).
- 57 *Ray*, Droit du travail, Droit vivant, 15. Aufl. (2006), S. 75.
- 58 Jeweils 8 % des bis zur Beendigung insgesamt angefallenen Bruttolohns. CNE: Art. 2 Abs. 3 Ziffer 3 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48); CPE: Art. 8 Abs. 2 Unter-abs. 4 Ziffer 3 Loi 2006-396 (Fn. 49). Der allgemeine Abfindungsanspruch be-mißt sich nach Art. L 122-14-4 Code du Travail.

Die genannten Ausnahmen greifen nur unter bestimmten Voraussetzungen. Beide Vertragstypen sind nur als Erstvertrag mit einem Arbeitgeber möglich.⁵⁸ Charakterisierend ist vor allem der Anwendungsbereich. Der *CNE* erfaßt sachlich Betriebe mit maximal 20 Arbeitnehmern,⁵⁹ der *CPE* Betriebe mit mehr als 20 Arbeitnehmern.⁶⁰ Ein *CPE* kann nur mit Arbeitnehmern eingegangen werden, die höchstens 25 Jahre alt sind.⁶¹ Fügt man diese auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehende Kombination von Elementen sachlicher und persönlicher Anwendbarkeit zusammen, ergibt sich folgendes Gesamtbild: Der *CNE* stellt eine qualifizierte Form der allgemeinen Herausnahme von Kleinbetrieben aus dem allgemeinen Regime des Kündigungsschutzes dar, welches nach französischem Recht keine Schwellenwerte kennt. Von dieser Herausnahme aus dem allgemeinen Regime sind grundsätzlich alle Arbeitnehmer des Kleinbetriebs jeweils zu Beginn ihrer Tätigkeit betroffen. In Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern gilt demgegenüber das allgemeine Regime des Kündigungsschutzes sachlich. Zu Beginn ihrer jeweiligen Tätigkeit werden in diesen Betrieben durch den *CPE* dann aber die höchstens 25 Jahre alten Arbeitnehmer vom allgemeinen Schutz ausgenommen. In beiden Fällen ist die sachliche oder die persönliche Herausnahme aus dem allgemeinen Regime des Kündigungsschutzes wie erwähnt zeitlich auf zwei Jahre befristet.

[4] Spanien

Der allgemeine spanische Kündigungsschutz, grundsätzlich ebenfalls lediglich Abfindungsschutz,⁶² wurde 2006⁶³ vor folgendem Hintergrund geändert: Obwohl das spanische Arbeitsrecht die Möglichkeit einer sachgrundlosen Befristung nicht kennt, ist die tatsächliche Verbreitung befristeter Arbeitsverhältnisse in einem Maße angestiegen,⁶⁴ daß sich der Gesetzgeber zu einer Einschränkung der Befristungsmöglichkeiten in erster Linie durch Einführen einer allgemeinen zeitlichen Obergrenze von 24 Monaten in Art. 15 Nr. 5 *Estatuto de los Trabajadores* entschloß.⁶⁵ Das Entstehen unbefristeter Arbeitsverhältnisse soll zudem dadurch gefördert

58 CNE: Art. 2 Abs. 7 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48); CPE: Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 8 Loi 2006-396 (Fn. 49).

59 Art. 1 Abs. 1 Ordonnance 2005-893 (Fn. 48).

60 Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 2 Loi 2006-396 (Fn. 49).

61 Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 Loi 2006-396 (Fn. 49).

62 Art. 56 *Estatuto de los Trabajadores*.

63 Real Decreto-Ley 5/2006 vom 9.6.2006 para la mejora del crecimiento y del empleo, BOE Nr. 141 vom 14.6.2006 und Ley 43/2006 vom 29.12.2006 para la mejora del crecimiento y del empleo, BOE Nr. 312 vom 30.12.2006.

64 Zahlen bei *Rey Guanter*, *Estatuto de los Trabajadores* (2005), Art. 15 Anm. 5, S. 250 f.; siehe auch *Gorelli Hernández*, *La reforma laboral 2006 y la contratación temporal: la lucha contra el abuso en la contratación temporal. Un análisis de urgencia*, *Actualidad Laboral* 2006, 2035, 2035 ff.

65 Zu Einzelheiten *Gorelli Hernández*, *Actualidad Laboral* 2006, 2035, 2042 ff.

werden, daß der allgemeine Kündigungsschutz durch Absenken des Abfindungsanspruchs gelockert wurde.⁶⁶

- 18 Ein für die hier interessierende Problematik einschlägiger Sachgrund für eine zulässige Befristung ist vor allem eine Form des arbeitsrechtlichen Eingliederungs- oder Erstvertrags, der *contrato de trabajo en prácticas* des Art. 11 Nr. 1 *Estatuto de los Trabajadores*. Der arbeitsrechtliche Eingliederungs- oder Erstvertrag kann grundsätzlich nur innerhalb eines Zeitraums von vier Jahren nach Abschluß des Studiums oder der Ausbildung abgeschlossen werden. Vorgesehen ist eine Höchstgrenze von zwei Jahren, auch bei unterschiedlichen Arbeitgebern. Funktional entspricht der arbeitsrechtliche Eingliederungs- oder Erstvertrag § 14 Abs. 1 Nr. 2 TzBfG. Allerdings beschränkt er sich nicht auf die zeitliche Perspektive: Der Lohn liegt nach Art. 11 Nr. 1 e *Estatuto de los Trabajadores* mit 60 % des Vergleichslohns im ersten und 75 % im zweiten Jahr erheblich unter dem eines Arbeitnehmers, der den gleichen oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz aufgrund eines normalen Arbeitsverhältnisses innehat. In dieser Hinsicht ist er mit dem italienischen *contratto di inserimento* vergleichbar, jedoch ist der Kreis möglicher Adressaten im spanischen Recht erheblich enger gefaßt.

b. Arbeit auf Abruf

- 19 Im italienischen Recht ist die Arbeit auf Abruf wie nach der deutschen Vorstellung eine besondere Form der Teilzeitarbeit. Im Zusammenhang wiederum mit den bereits erwähnten *Biagi*-Reformen⁶⁷ wurde die Arbeit auf Abruf in Italien in einer für den hiesigen Zusammenhang bedeutsamen Weise geändert.
- 20 *Lavoro intermittente*⁶⁸ muß gemäß Art. 34 Abs. 1 *decreto legislativo* 276/2003 grundsätzlich durch Tarifvertrag oder bis zum Abschluß solcher Tarifverträge durch Rechtsverordnung gestattet sein. Versuchsweise („*in via sperimentale*“) sind von dieser Voraussetzung jedoch nach Art. 34 Abs. 2 *decreto legislativo* 276/2003 Arbeitnehmer unter 25 und über 45 Jahren, die als Arbeitslose aus dem Produktionszyklus herausgefallen sind, ausgenommen. Mithin setzt das italienische Recht *lavoro intermittente* ähnlich wie das deutsche die Befristungserleichterung des § 14 Abs. 3 TzBfG oder das französische den *CPE* gezielt als Instrument der Arbeitsmarktpolitik zugunsten bestimmter Arbeitnehmergruppen ein.

66 Von 45 Tageslöhnen pro Beschäftigungsjahr mit Höchstgrenze von 42 Monatslöhnen nach altem Recht auf 33 Tageslöhne pro Beschäftigungsjahr mit Höchstgrenze von 24 Monatslöhnen, Art. 56 Nr. 1 a *Estatuto de los Trabajadores*.

67 Oben Fn. 41.

68 Siehe im einzelnen *Merlino*, *Una figura innovativa de rapporto di lavoro: Il contratto de lavoro intermittente*, R.I.D.L. 2007, Teil I, 191, 191 ff.

c. Gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung

Das Recht der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung ist in manchen Mitgliedstaaten in jüngerer Zeit ebenfalls Reformen unterzogen worden, deren Charakteristika sich für die hier untersuchte Frage anhand von drei Ländern typisieren lassen. Kennzeichnend für das deutsche Recht ist auf der einen Seite die Aufhebung der zeitlichen Höchstgrenze von zuletzt 24 Monaten,⁶⁹ nach deren Ablauf ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiternehmer und Entleiher fingiert wurde, und auf der anderen Seite die Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG. Letztere steht jedoch unter dem Vorbehalt einer abweichenden Regelung durch Tarifvertrag, Satz 2 der zitierten Bestimmung. Zudem existiert eine zeitlich begrenzte Ausnahme beim Einsatz eines zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmers, Satz 1 der zitierten Norm.

Die *Biagi*-Reformen⁷⁰ haben auch das italienische Recht der Leiharbeit reformiert. Von den Änderungen sind im vorliegenden Zusammenhang relevant: Ein unbefristeter Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kann zwischen Ent- und Verleiher nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Branchen vereinbart werden, die im *decreto legislativo 276/2003* einzeln aufgeführt sind.⁷¹ Es handelt sich, grob übersetzt, insbesondere um: Informations-

69 Durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Fn. 29).

70 Oben Fn. 421.

71 Art. 20 Abs. 3 (Fn. 421): „Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso a termine o a tempo indeterminato. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e' ammessa:

a) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;

b) per servizi di pulizia, custodia, portineria;

c) per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci;

d) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonche' servizi di economato;

e) per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;

f) per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;

g) per la gestione di call-center, nonche' per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali;

h) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano

technologie; Putz- und Wachdienste; Transport von Personen und Waren; Bibliotheken, Parks, Archive, Lager; Unternehmensberatung, Zertifizierungsaufgaben, Personalverwaltung und andere Managementaufgaben; Marketingaufgaben; Call-Center und bestimmte Aufgaben aus dem Konstruktionssektor. Möglich ist darüber hinaus die Gestattung durch Tarifvertrag.⁷² Die Statthaftigkeit des befristeten Arbeitnehmerüberlassungsvertrags richtet sich gemäß Art. 20 Abs. 4 *decreto legislativo* 276/2003 nach den Gründen, die auch Grundlage der Befristung eines Arbeitsverhältnisses sein können.⁷³ Der Leiharbeiter hat schließlich auch nach italienischem Recht Anspruch auf den gleichen Lohn vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers.⁷⁴

- 23 Im englischen Recht wurden die ersten Durchführungsbestimmungen des *Employment Agencies Act 1973* aus dem Jahre 1976 durch die *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003* ersetzt. Die neuen *Regulations*⁷⁵ tasten die Grundsatzentscheidung, gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung großzügig zuzulassen, nicht an. Selbst eine der rechtlich wichtigsten Fragen des Rechts der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung wird, wohl bewußt, nicht geregelt: Rechtsnatur des Verhältnisses des Arbeitnehmers sowohl zum Verleiher als auch zum Entleiher.⁷⁶ Die Antwort wird in beiden Fällen dem *common law* überlassen, welches hierzu – allerdings alles andere als klare – Grundsätze entwickelt hat, die zudem den in den kontinentalen Rechtsordnungen üblichen Argumentationsschemata Arbeitsverhältnis oder kein Arbeitsverhältnis nur in begrenztem Maße entsprechen.⁷⁷ Wird schon der Grundstatus des Leiharbeitnehmers nicht geklärt, ist es nur konsequent, auch zu Folgefragen wie einem etwaigen Gleichbehandlungsgebot keine Stellung zu nehmen.

più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa“.

72 Art. 20 Abs. 3 lit. i decreto legislativo 276/2003 (Fn. 421).

73 Wegen der Parallelität der Regime überrascht es nicht, daß eine Arbeitnehmerüberlassung zum Ersatz streikender Arbeitnehmer nicht zulässig ist, Art. 20 Abs. 5 lit. a decreto legislativo 276/2003 (Fn. 421); weitere Gründe, in denen Arbeitnehmerüberlassung nicht gestattet ist, finden sich in lit. b und lit. c.

74 Art. 23 Abs. 1 decreto legislativo 276/2003 (Fn. 421).

75 Die sich mit Mindestanforderungen an die Verleiher und sonstigen Detailfragen befassen, siehe *Selwyn*, *Selwyn's Law of Employment*, 14. Aufl. (2006), S. 73 Rn. 2.152.

76 *Deakin/Morris*, *Labour Law*, 4. Aufl. (2005), S. 172 Rn. 3.64.

77 Darstellung bei *Deakin/Morris* (Fn. 76), S. 172 ff. Rn. 3.65 ff.; *Uppex/Benny/Hardy/Padfield*, *Labour Law*, 2. Aufl. (2006), S. 55 ff. Rn. 3.25 ff.; *Selwyn* (Fn. 75), S. 74 f. Rn. 2.153 ff.

4. Schlüsse aus dem rechtsvergleichenden Überblick

a. Wandel des Individualarbeitsrechts vom Arbeitnehmerschutzrecht zum Arbeitsmarktrecht

Anders als im Grünbuch behauptet,⁷⁸ erschöpft sich die Tätigkeit der Gesetzgeber in den geschilderten Rechtsordnungen folglich nicht in einer bloßen Senkung des Schutzniveaus des Arbeitnehmers. Was bei der Betrachtung einer einzigen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung möglicherweise noch als Randerscheinung wahrgenommen werden kann, entpuppt sich im Konzert mehrerer Rechtsordnungen als grundlegender Charakterwandel: Die in jüngerer Zeit verabschiedeten Regelungen werden vom Gesetzgeber unmittelbar auf die Bedürfnisse des Arbeitsmarkts zugeschnitten. 24

Die Fokussierung auf den Arbeitsmarkt ist am offenkundigsten, wo Sonderregimes für bestimmte, besonders stark von Arbeitslosigkeit betroffene Arbeitnehmergruppen eingeführt werden (§ 14 Abs. 3 TzBfG; *CPE, lavoro intermittente, contrato de trabajo en prácticas*). Entsprechende Regelungen bezwecken nicht den Arbeitnehmerschutz im klassischen Sinn. Sie werden verabschiedet, damit Arbeitsplätze geschaffen werden oder ihr Abbau verhindert wird. Der Arbeitnehmerschutz bleibt dem unveränderten allgemeinen Kündigungs- und Befristungsschutz überlassen. Ausnahmen zugunsten bestimmter Unternehmen (Neugründungen, § 14 Abs. 2a TzBfG; kleinere Unternehmen, § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG, *CNE*, unbefristeter Arbeitnehmerüberlassungsvertrag des italienischen Rechts) werden in demselben Maße von einer arbeitsmarktpolitischen Perspektive bestimmt. Gleiches gilt für ein allgemeines Absenken des Kündigungsschutzes⁷⁹ oder ein allgemein erleichtertes Zulassen der Leiharbeit sowie noch weitergehende Möglichkeiten beim Einsatz vormals Arbeitsloser. 25

Doch wird sogar die partielle oder vollständige Rücknahme einer entsprechenden Regelung durch eine Arbeitsmarktperspektive bestimmt,⁸⁰ und zwar nicht nur dann, wenn die Rücknahme erfolgt, weil die Regelung aus arbeitsmarktpolitischer Sicht nicht mehr benötigt wird. Betrachtet man die Beispiele der untersuchten Rechtsordnungen, wurde in Situationen, in denen der Gesetzgeber zu einer Korrektur gezwungen wurde, weil sich die Ausnahme als politisch nicht (mehr) erwünscht oder nicht (mehr) durchsetzbar erwiesen hat, die Rücknahme einer entsprechenden Regelung in der Praxis häufig kompensiert: Aufgabe des *CPE* in Frankreich zugunsten einer Senkung der Lohnnebenkosten⁸¹ durch Zuschüsse an Arbeitgeber für 26

78 Nachweis in Fn. 23.

79 Spanien, siehe oben Fn. 66.

80 Vgl. etwa die Auseinandersetzung um den französischen *CNE*, oben Fn. 50.

81 Frankreich: Art. 8 Loi 2006-457 (Fn. 50); Spanien: Art. 2 Ley 43/2006 vom 29.12.2006 (Fn. 63). Die spanische Regelung ist anders als die französische auf den Abschluß eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses beschränkt.

die Arbeitsverhältnisse mit Personen, die vormalig persönlich vom *CPE* erfaßt waren;⁸² Einschränkung der Befristungsmöglichkeiten in Spanien zugunsten einer Senkung der Lohnnebenkosten⁸³ sowie des Schutzniveaus des allgemeinen Kündigungsschutzes;⁸⁴ Einfangen der Befristungsmöglichkeiten in Italien bei gleichzeitiger Lockerung des Rechts der Arbeit auf Abruf und der Leiharbeit.

- 27 Auch wenn wie in England schließlich kaum etwas geändert wurde, spiegelt sich darin der Charakter der dortigen Regelungen als Arbeitsmarktrecht wider: Der Gesetzgeber ist zufrieden mit den arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen seines Rechts. Das geringe Maß an Beendigungsschutz – lediglich Abfindungsschutz, weil die Gerichte von der Möglichkeit der Anordnung eines Bestandsschutzes soweit ersichtlich keinen Gebrauch machen⁸⁵ und bis vor kurzem kein Befristungsschutz – wird wegen seiner als positiv empfundenen arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen aufrechterhalten. Bei der Reform der Leiharbeit geht es um technische Details ihrer Durchführung, während selbst grundlegende Fragen ungeregelt bleiben.

b. Arbeitsmarktrecht als mitgliedstaatliches Recht

- 28 Eine derartige Fokussierung auf die arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen hat für das europäische Arbeitsrecht entscheidende Bedeutung. Wandelt sich der Charakter des Individualarbeitsrechts vom Arbeitnehmerschutzrecht zu einem Arbeitsmarktrecht, folgt daraus zwingend eine immer stärkere Herausformung des mitgliedstaatlichen Charakters der jeweiligen Regelung: Die Arbeitsmärkte sind nämlich mitgliedstaatlich und – von gewissen, eng begrenzten Ausnahmen in Grenzregionen oder bei bestimmten Berufen vielleicht abgesehen – nicht europäisch.⁸⁶ Warum bestimmte Arbeitnehmergruppen in besonderem Maße von Arbeitslosigkeit betroffen sind, hat wiederum jeweils mitgliedstaatliche, rechtliche, wirtschaftliche, strukturelle und historische Ursachen, nicht hingegen europäische. Ein Individualarbeitsrecht arbeitsmarktpolitischen Charakters **kann** in der Praxis folglich nur auf den jeweiligen mitgliedstaatlichen Arbeitsmarkt zugeschnitten sein.

82 Durch Loi 2006-457 (Fn. 50).

83 Art. 2 Ley 43/2006 vom 29.12.2006 (Fn. 63). Die spanische Regelung ist anders als die französische wiederum auf den Abschluß eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses beschränkt.

84 Spanien, oben Fn. 66.

85 Zum vergleichsweise schwachen Kündigungsschutz des englischen Rechts, zu finden nunmehr in section 94 ff. Employment Rights Act 1996, siehe statt vieler *Selwyn's Law of Employment* (Fn. 75), S. 435 ff.

86 Vgl. nur European Commission (Hg.), *Employment in Europe 2006*, S. 211-214: Von 180 Mio. erwerbsfähigen Personen in der EU-15 stammen 600.000 Personen aus einem anderen EU-15 Mitgliedstaat (entspricht 1,5 % der erwerbsfähigen Personen).

Die jeweils mitgliedstaatliche Ausrichtung der verabschiedeten Regelungen ergibt im Konzert der betrachteten Regelungen ein komplexes Gesamtbild. § 14 Abs. 3 TzBfG und der französische *CPE* beispielsweise sind beides Sonderregimes für eine von Arbeitslosigkeit in besonderem Maße betroffene Personengruppe, nur sind es in Deutschland die älteren und in Frankreich die jüngeren Arbeitnehmer. Die am stärksten differenzierende Regelung findet sich im *contratto di inserimento* des italienischen Rechts, der, wie erwähnt, folgende Personenkreise anspricht: 18- bis 29jährige, Langzeitarbeitslose zwischen 29 und 32, Arbeitslose über 50, Arbeitnehmer mit wenigstens zweijähriger Beschäftigungspause, Frauen in Gegenden mit unterdurchschnittlicher Beschäftigungsquote weiblicher Arbeitnehmer sowie Arbeitnehmer mit Behinderung.⁸⁷ Innerhalb Italiens wird damit sogar regional unterschieden. Die italienische Arbeit auf Abruf steht Arbeitnehmern unter 25 und über 45 Jahren, die als Arbeitslose aus dem Produktionszyklus herausgefallen sind, offen. Das Recht der Befristung schwankt (ursprünglich) zwischen Freigabe der sachgrundlosen Befristung in England auf der einen, dem besonders strengen französischen Recht auf der anderen Seite und einer Mischregelung wie der deutschen, die neben dem grundsätzlichen Erfordernis eines Sachgrunds Ausnahmeregelungen vorsieht. Abgerundet wird das Tableau durch den Versuch komplexer Konstruktionen im französischen Recht, die funktional die zeitliche Begrenzung einer Beschäftigung ermöglichen sollen sowie durch die Bestrebungen Italiens und Spaniens, eine aus dem Ruder gelaufene Praxis wieder einzufangen. Unterschiedliche Vorstellungen existieren auch zu Schwellenwerten: In Deutschland seit jeher vorgesehen⁸⁸ und zuletzt angehoben,⁸⁹ in Spanien nach wie vor unbekannt, in Frankreich zum ersten Mal funktional eingeführt und in Italien zur Unterscheidung zwischen Abfindungs- und Bestandsschutz eingesetzt. Schließlich ist auch die Haltung zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht aus einem Guß: In Deutschland und in Italien beispielsweise wurde seit den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts eine Wandlung vom Verbot einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung⁹⁰ hin zu einem Werkzeug durchgemacht, welches gezielt zur Lösung der Arbeitsmarktprobleme eingesetzt wird. Beide Rechtsordnungen sehen zu diesem Zweck eine erleichterte bzw. für den Arbeitgeber attraktivere Zulassung vor, doch differenziert Deutschland in persönlicher (vormals Arbeitslose als Leiharbeiter) und Italien in sachlicher Hinsicht (Möglichkeit des unbefristeten Arbeit-

87 Art. 54 Abs. 1 decreto legislativo 276/2003 (Fn. 41). Zum Eingliederungsvertrag *De Cristofaro*, in: Suppiej/De Cristofaro/Cester (Fn. 45), S. 294 ff.; *Ghera* (Fn. 38), S. 355.

88 § 1 Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920, RGBl. 1920 (Nr. 26), S. 147; § 21 Abs. 1 KSchG vom 10.8.1951, BGBl. 1951 I, S. 503.

89 Nachweis in Fn. 30.

90 BVerfG vom 4.4.1967 – 1 BvR 84/65 – BVerfGE 21, 261 = AP Nr. 7 zu § 37 AVAVG. Zu Italien hier nur *Feuerborn*, *Die soziale Sicherung von Leiharbeitnehmern und vergleichbaren Arbeitnehmergruppen in Italien* (1993), S. 140 ff.

nehmerüberlassungsvertrags für bestimmte Branchen). England wiederum regelt noch nicht einmal grundlegende Fragen.

c. Fazit

- 30 Indem das Grünbuch nur an den dargelegten groben Eckpunkten des typischen und des atypischen Arbeitsverhältnis ansetzt und durch Statistiken den Eindruck einer europäischen Bezugsebene der Problematik erweckt, blendet es folglich nicht nur technische Details aus, sondern auch einen entscheidenden, immer weitergehenden Wandel des Charakters der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte hin zur Einzelstaatlichkeit. Typisches wie atypisches Arbeitsverhältnis sind in ihrer jeweiligen Ausgestaltung Ergebnis einer mitgliedstaatlichen Entwicklung. Ohne Konsequenzen für die Rechtsetzung durch den europäischen Gesetzgeber kann ein solcher Wandel nicht sein.

III. Arbeitnehmerbegriff, arbeitnehmerähnliche Person und Scheinselbständigkeit als Konzepte einzelstaatlichen Charakters

1. Konkretisierung der Fragestellung

- 31 Das Grünbuch erweckt auch bei dem Arbeitnehmerbegriff den Eindruck, als lasse sich der Status als Arbeitnehmer mitsamt seiner Folgeprobleme anhand grober Merkmale wie Abhängigkeit und Nichtabhängigkeit allgemein und europaweit umschreiben.⁹¹ Der Versuch einer Definition der Scheinselbständigkeit im Grünbuch⁹² setzt ebenfalls auf dieser abstrakten Ebene an. Erst bei der anschließenden Darstellung der Ansätze, dem Problem der Scheinselbständigkeit Herr zu werden, und auch im Zusammenhang mit der arbeitnehmerähnlichen Person wird im Grünbuch auf die mitgliedstaatlichen Rechte Bezug genommen. Indes nicht in der Form einer rechtsvergleichenden Analyse, sondern es werden vielmehr einzelne Elemente verschiedener Rechtsordnungen aneinandergereiht, vermutlich um den Eindruck einer europaweiten Gleichförmigkeit in den Problemen sowie in dem Wunsch zu erwecken, Scheinselbständigkeit zu bekämpfen und die Anwendung des Arbeitsrechts auf arbeitnehmerähnliche Personen auszuweiten.
- 32 Während der einzelstaatliche Charakter der mitgliedstaatlichen Rechte bei Beendigungsschutz und atypischem Arbeitsverhältnis erst in der jüngeren Zeit herausgeformt wurde, ist bei dem Komplex von Arbeitnehmerbegriff, arbeitnehmerähnlicher Person und Scheinselbständigkeit der einzelstaatliche Charakter der Regelungen anders begründet: Er hat historische und rechtliche Gründe. Aus Raumgründen können nur einzelne Aspekte angesprochen werden.

91 Grünbuch (Fn. 5), S. 12.

92 Als „verschleierte Beschäftigung“, Grünbuch (Fn. 5), S. 12.

2. Herausbildung von Besonderheiten in der historischen Entwicklung einzelner mitgliedstaatlicher Arbeitsrechte am Beispiel der Entstehung regionaler industrieller Distrikte in Italien

Die Herausbildung von Besonderheiten in der historischen Entwicklung einzelner mitgliedstaatlicher Arbeitsrechte ist vor allem für das italienische Arbeitsrecht unter dem Gesichtspunkt der regionalen industriellen Distrikte seit längerem Gegenstand sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen. Diese Forschung hat sich zum einen darauf konzentriert, die Merkmale entsprechender Distrikte herauszuarbeiten, für die vor allem die *Emilia-Romagna* als Beispiel genannt wird:⁹³ In einem solchen Distrikt sind in der Regel kleinere Unternehmen einer Branche angesiedelt, die in enger persönlicher, berufsständischer und familiärer Beziehung zueinander stehen. Das Ergebnis des Zusammenspiels der Gesamtheit der kleineren in einem solchen Distrikt angesiedelten Unternehmen entspricht funktional dem einer großen Produktionseinheit, weil jeder auf einen Teil des Produktionsprozesses spezialisiert ist. Nur durch die Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen wird vielfach daher die Herstellung des Gesamtproduktes möglich.⁹⁴

Die funktionale Verteilung dessen, was ein Großunternehmen allein leistet, auf zahlreiche in einem sog. Netzwerk verbundene Kleinunternehmen, hat der erwähnten Forschung nach im wesentlichen zwei Gründe: Erstens eine tiefe Verankerung der Unternehmenskultur in der weltanschaulichen, religiösen und politischen Prägung der jeweiligen Region.⁹⁵ Die sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Forschung identifiziert insoweit zwei Urtypen: Auf der einen Seite das katholische und christdemokratische *Veneto*, in dem sich die Unternehmenslandschaft unreglementiert und ohne Kontrolle durch regionale und lokale staatliche Institutionen entwickelt hat. Auf der anderen Seite die *Emilia-Romagna*, in der die Inhaber der kleinen Unternehmen häufig Mitglieder der italienischen kommunistischen Partei waren. Über politische Verbindungen wurde dafür gesorgt, daß Großunternehmen über Auftragsvergabe die Landschaft der Kleinunternehmen am Leben hielten.⁹⁶ Zweiter Grund soll die Vermeidung der in italienischen Großunternehmen üblichen starken Gewerk-

93 Siehe nur bei *Krebber*, Unternehmensübergreifende Arbeitsabläufe im Arbeitsrecht (2005), S. 49 mit weiteren Beispielen in Fn. 358 sowie mit Nachweisen zur umfangreichen Literatur.

94 Zu alledem hier statt vieler *Krebber* (Fn. 93), S. 48 f. mit umfangreichen Nachweisen.

95 Vgl. etwa *Trigilia*, Small-firm Development and political Subcultures in Italy, in: Goodman/Bamford/Saynor (Hg.), Small Firms and Industrial Districts in Italy (1989), S. 174, 179 ff.

96 *Cooke/Imrie*, Little victories: Local economic developments in European regions, *Entrepreneurship & Regional Development* 1 (1989), 313, 318 mit weiteren Nachweisen.

schaftspräsenz sein;⁹⁷ bei dennoch starkem Organisationsgrad in den regionalen Kleinunternehmen wirke die dargelegte gesellschaftspolitische Verankerung der Unternehmenskultur mäßigend auf die Gewerkschaftspolitik ein.⁹⁸

- 35 Eine entsprechende Verteilung des Produktionsprozesses auf Kleinunternehmen ist eine wesentliche Ursache für das Entstehen wirtschaftlich abhängiger Arbeit, von Konstellationen, in denen der Status als Arbeitnehmer fraglich ist, oder von Schwarzarbeit.⁹⁹ Anders herum formuliert: Es sind mitgliedstaatliche, möglicherweise gar regionale Gegebenheiten, die entsprechende Konstellationen hervorrufen. Eine derartige nationale Verankerung hat zur Folge, daß es sich um ein nationales Problem handelt, welches sich in anderen Mitgliedstaaten stellen kann, nicht stellen kann oder anders stellen kann.¹⁰⁰ So betrachtet wird es kein Zufall sein, daß in Italien seit längerem ein besonderes Interesse am rechtlichen Schicksal wirtschaftlich abhängiger Arbeit zu verzeichnen ist, das in der italienischen Literatur zur Entwicklung der im Grünbuch genannten¹⁰¹ Figur der *Parasubordinazione* geführt hat¹⁰² und deren jüngstes gesetzgeberisches Ergebnis der sog. Projektarbeitsvertrag ist, der im Zusammenhang wiederum mit den *Biagi*-Reformen eingeführt wurde.¹⁰³ In anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hingegen, gerade in solchen, denen die Figur der arbeitnehmerähnlichen Person seit längerem grundsätzlich bekannt ist, ohne daß sie jedoch große rechtliche Bedeutung erlangt hätte,¹⁰⁴ sind

97 *Brusco*, The Emilian Model: Productive Decentralisation and Social Integration, *Cambridge Journal of Economics* 6 (1982), 167, 171; siehe auch *Trigilia*, in: Goodman/Bamford/Saynor (Fn. 95), S. 174, 182 ff.

98 Vgl. *Trigilia*, in: Goodman/Bamford/Saynor (Fn. 95), S. 174, 182 ff., insbesondere mit empirischen Nachweisen zur günstigen Auswirkung auf die erheblich geringere Anzahl an Arbeitskämpfen.

99 Siehe etwa *Becattini*, „Industrielle Distrikte“ und ihre Bedeutung in der sozio-ökonomischen Entwicklung Italiens, in: Manz (Hg.), Klein- und Mittelbetriebe im Prozeß der industriellen Modernisierung (1991), S. 30, 32 und 40. Zu der im Vergleich besonders hohen Zahl der Selbständigen in Italien, siehe *Fuchs*, NZA 2004, 956, 963 mit Fn. 64.

100 Angaben zur Verbreitung finden sich nur vereinzelt, aus deutscher Sicht siehe *Paasch*, Abhängige Selbständigkeit, WSI-Mitteilungen 1991, 216, 218 ff.

101 Grünbuch (Fn. 5), S. 13 in Fn. 34, dort fälschlicherweise auch auf Deutschland bezogen.

102 Siehe vor allem *Santoro-Passarelli*, Il lavoro „parasubordinato“ (1979).

103 Art. 61 ff. (Fn. 41).

104 Zum deutschen Recht siehe *Däubler*, Arbeitnehmerähnliche Personen im Arbeits- und Sozialrecht und im EG-Recht, ZIAS 2000, 326, 326 ff.; *Pfarr*, Die arbeitnehmerähnliche Person, FS für Karl Kehrman (1997), S. 75 ff. Zu anderen europäischen Arbeitsrechtsordnungen, *Abrantes*, Dem Arbeitsvertrag „gleichgestellte Verträge“ im portugiesischen Recht, ZIAS 2000, 266, 266 ff.; *Jaspers*, Quasi-Employee, Quasi-Self-Employees: More than just a Name – The Case of the Netherlands and Belgium, ZIAS 2000, 233, 233 ff.; *Wachter*, Arbeitnehmerähnliche Personen im österreichischen Arbeits- und Sozialrecht,

in dieser Hinsicht keine gesetzgeberischen Tätigkeiten zu verzeichnen – vermutlich auch, weil das Thema aus tatsächlicher Sicht nicht hinreichend relevant ist.

3. Normativer mitgliedstaatlicher Hintergrund der Scheinselbständigkeit

Das europäische Arbeitsrecht kennt keine allgemeine Definition des Arbeitnehmers. Die Verordnungen und Richtlinien des europäischen Arbeitsrechts definieren den Arbeitnehmer überwiegend nicht¹⁰⁵ oder sie regeln nur Teilaspekte.¹⁰⁶ Wird der Arbeitnehmerbegriff angesprochen, wird sein Verständnis in der Mehrzahl der Fälle einem mitgliedstaatlichen Recht unterstellt.¹⁰⁷ Die sozialrechtliche Verordnung (EWG)

ZIAS 2000, 250, 250 ff.; *Supiot*, Les nouveaux visages de la subordination, Dr. soc. 2000, 131, 142 f.; *Olea/Baamonde*, Derecho del Trabajo, 23. Aufl. (2005), S. 188 ff. zum trabajador autónomo.

- 105 Siehe aber Art. 3 lit. a der Richtlinie 89/391/EWG vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABIEG Nr. L 183 vom 29.6.1989, S. 1.
- 106 Beispielsweise die Richtlinien 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABIEG Nr. L 180 vom 19.7.2000, S. 22 sowie 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABIEG Nr. L 303 vom 2.12.2000, S. 16: Indem sie jeweils in ihrem Art. 3 Abs. 1 lit. a auch die selbständige Erwerbstätigkeit erwähnen, stellen sie ihre Anwendung auf arbeitnehmerähnliche Personen klar.
- 107 Art. 2 Abs. 1 lit. d Richtlinie 2001/23/EG vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABIEG Nr. L 82 vom 22.3.2001, S. 16; Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABIEG Nr. L 18 vom 21.1.1997, S. 1; Art. 2 lit. d Richtlinie 2002/14/EG vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 80 vom 23.3.2002, S. 29; vgl. auch Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2002/74/EG vom 23.9.2002 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABIEG Nr. L 270 vom 8.10.2002, S. 10; siehe auch die Definition des befristet beschäftigten Arbeitnehmers in § 2 Abs. 1 der durch Richtlinie 1999/70/EG vom 28.6.1999 umgesetzten EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (Fn. 24), S. 43; ferner die Bestimmung des Anwendungsbereichs in § 1 Abs. 2 der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, die durch Richtlinie 96/34/EG vom 3.6.1996, ABIEG Nr. L 145 vom 19.6.1996, S. 4 umgesetzt wird; ähnlich § 2 Abs. 2 der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, umgesetzt durch Richtlinie 97/81/EG vom 15.12.1997,

Nr. 1408/71¹⁰⁸ umschreibt den Arbeitnehmer in einer für das Arbeitsrecht unbrauchbaren Weise: Arbeitnehmer ist jede Person, die in einem in Art. 1 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71 aufgeführten System der sozialen Sicherheit versichert ist. Für den Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 für die Wanderarbeitnehmer ist der Arbeitnehmerstatus vom EuGH konkretisiert worden. Ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.¹⁰⁹

- 37 Auch wenn sich diese Definition in ihrem Kern von dem in den Mitgliedstaaten gängigen Verständnis nicht wesentlich unterscheidet,¹¹⁰ herrscht diese Übereinstimmung bei dem vergleichsweise einfachen Teil der allgemeinen Merkmale des Arbeitnehmerbegriffs, während die Auseinandersetzung mit der Scheinselbständigkeit gerade seine problematischen Grenzfälle betrifft, die in den jeweiligen Mitgliedstaaten anders behandelt werden können und deren Lösung innerhalb eines Mitgliedstaats Änderungen unterworfen sein kann: Wie die jüngere deutsche Erfahrung mit der Vermutung in § 7 SGB IV zeigt, kann mit geringem gesetzgeberischen Aufwand aus einem Selbständigen ein Scheinselbständiger und umgekehrt werden.¹¹¹ Dabei geht aus dem Ausdruck der Scheinselbständigkeit klar hervor: Es wird der Schein des Nichterfüllens normativer Vorgaben gesetzt, der mangels eines allgemeinen europarechtlichen Arbeitnehmerbegriffs nur ein Schein sein kann, der in bezug zu der jeweils in einer mit-

-
- ABIEG Nr. L 14 vom 20.1.1998, S. 9; auch die unklare Definition des Geltungsbereichs in Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 91/533/EWG vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABIEG Nr. L 288 vom 18.10.1991, S. 32, nimmt Bezug auf das mitgliedstaatliche Recht.
- 108 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vom 14.6.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABIEG Nr. L 149 vom 5.7.1971, S. 1, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 631/2004 vom 31.3.2004, ABIEG Nr. L 100 vom 6.4.2004, S. 1. Die diese VO demnächst ersetzende Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEG Nr. L 166 vom 30.4.2004, S. 1, stellt nicht mehr auf den Arbeitnehmer, sondern auf den Beschäftigten ab; ob diese Eigenschaft zu bejahen ist, richtet sich nach den Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird, Art. 1 lit. a.
- 109 Vgl. nur EuGH vom 3.7.1986 – Rs. 66/85 [Lawrie-Blum] – EuGHE 1986, 2121 Rn. 17.
- 110 Siehe etwa: Art. 2094 Codice civile; Art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores; zu Frankreich, vgl. *Pélissier/Supiot/Jeammaud*, *Droit du travail*, 22. Aufl. (2004), S. 174 Rn. 117; zum englischen Recht *Deakin/Morris* (Fn. 76), S. 136 f. Rn. 3.19.
- 111 § 7 Abs. 4 Sätze 1, 3, die im Zusammenhang mit der Schaffung der „Ich-AG“ durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt zum 1.1.2003 geändert wurden, siehe § 7 Abs. 1 Sätze 1, 2 SGB IV n.F.

gliedstaatlichen Rechtsordnung maßgeblichen Behandlung der Grenzfälle besteht. Scheinselbständigkeit ist also schon von seiner Definition her ein erst durch Bezug zu einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung entstehendes Phänomen.

IV. Konsequenzen für die Harmonisierung

1. Harmonisierung als gewollte Mißachtung der Einzelstaatlichkeit der anzugleichenden Rechte

Fragt man nach den möglichen Konsequenzen, welche sich aus der dargelegten Einzelstaatlichkeit der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte ergeben, erscheint die Überlegung, daß es nun einmal das Wesen der Harmonisierung sei, unterschiedliche Rechte anzugleichen, so daß ein einzelstaatlicher Charakter der anzugleichenden Rechte nicht Hindernis, sondern gerade Voraussetzung einer Harmonisierung sei, kaum weiterführend. Die zunehmende Entwicklung zur Einzelstaatlichkeit in entscheidenden Bereichen des Arbeitsrechts ist nämlich nicht Ausdruck eines abstrakten Machtanspruchs, die Dinge selbst zu bestimmen, sondern Reaktion auf die Tatsache, daß die Arbeitsmärkte in der Gemeinschaft mitgliedstaatlich sind. 38

Harmonisierung als ein rechtsetzender Akt vermag diese tatsächliche Grundlage der Einzelstaatlichkeit der Arbeitsmärkte aber nicht zu ändern. Dabei scheinen, betrachtet man die auf unterschiedliche Weise differenzierenden Regelungen bei Beendigungsschutz, Arbeit auf Abruf und Leiharbeit, die Bedürfnisse der mitgliedstaatlichen Arbeitsmärkte in ihrer Summe eine Breite erreicht zu haben, der durch Schaffen einer einheitlichen rechtlichen Regelung nicht mehr Rechnung getragen werden kann. Indem eine Harmonisierung sich für ein Modell entscheiden müßte, würden die Bemühungen anderer zunichte gemacht. Auch das Prinzip der Mindestharmonisierung kann den Mitgliedstaaten den erforderlichen Spielraum nicht einräumen, wenn zunehmend einem Absenken des Arbeitnehmerschutzes des Einzelnen die größte arbeitsmarktpolitische Wirksamkeit zugesprochen wird. 39

Schließlich ist es ohnehin eine naive Vorstellung, daß Harmonisierung zwingend Probleme löst. Wenn, wie dargelegt, die Scheinselbständigkeit eine Frage ist, welche in bezug zu den jeweiligen Grenzfällen der Definition des Arbeitnehmerstatus entsteht, löst eine Harmonisierung des Begriffs nicht das Problem, sondern verschiebt es nur auf die europarechtliche Ebene. Deren Auslegungsdetails setzen nach der Harmonisierung den Anreiz zum Ausdenken von Konstellationen, um die Einordnung unter diesen Status zu verhindern. 40

2. Handlungsmöglichkeiten der EU bei Beachtung des einzelstaatlichen Charakters der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte

- 41 Aus theoretischer Sicht sind indes Modelle einer Harmonisierung unter Beachtung des einzelstaatlichen Charakters der mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte denkbar. Vorstellbar wäre es erstens, eine inhaltlich differenzierende Regelung zu schaffen, die den Mitgliedstaaten nach ihrer Wahl verschiedene Modelle zur Verfügung stellt, mit denen auf die jeweiligen nationalen Gegebenheiten reagiert werden kann. Diese Regelungstechnik ist dem europäischen Arbeitsrecht nicht fremd und etwa in den Richtlinien zur Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers¹¹² und zur Befristung¹¹³ zu finden. Zwei Gesichtspunkte stehen diesem Modell indes entgegen. Bei nunmehr 27 Mitgliedstaaten wird es zum einen in der Praxis kaum mehr möglich sein, den Bedürfnissen aller Mitgliedstaaten angemessene Rechnung zu tragen. Zum anderen setzt auch eine derartige Richtlinie ein Ziel, welches gemäß Art. 249 EGV verbindlich ist und das als solches einer mitgliedstaatlichen Arbeitsmarktpolitik entgegenlaufen kann. So ist spätestens seit der Rechtssache *Adeneler*¹¹⁴ bekannt, daß die offene Fassung des § 5 der durch die Befristungsrichtlinie durchgesetzten Rahmenvereinbarung¹¹⁵ es nicht gestattet, die sachgrundlose Befristung freizugeben. England, welches keinen Befristungsschutz kannte, hat sich dem widerwillig gebeugt und nach einer möglichst schwachen Regelung gesucht.¹¹⁶ Andere mitgliedstaatliche Rechte, wie etwa das der Niederlande,¹¹⁷ sind mit der Richtlinie nicht vereinbar und werden ihr Recht anpassen müssen.
- 42 Zweitens wäre es denkbar, eine der Grundideen des Art. 249 EGV aufzugreifen und Richtlinien nur an bestimmte Mitgliedstaaten zu richten. Ein solches Vorgehen zu legitimieren, fällt in den meisten Konstellationen indes besonders schwer: Was berechtigt die Gemeinschaft, die mitgliedstaatliche Vorstellung der Lösung eines Problems durch die ihre zu ersetzen? Auf der anderen Seite ist das Entwicklungsniveau der Mitgliedstaaten nach wie vor unterschiedlich. Wer nach Grundsätzen zum Konzernarbeitsrecht sucht, wird teilweise schon in den alten Mitgliedstaaten nur

112 Richtlinie 80/987/EWG vom 20.10.1980, ABLEG Nr. L 283 vom 28.10.1980, S. 23, zuletzt geändert durch Richtlinie 2002/74/EG (Fn. 107), S. 10.

113 Fn. 24.

114 EuGH vom 4.7.2006 – C-212/04 [*Adeneler*] – EuGHE I 2006, 6057 = AP Nr. 1 zu Richtlinie 99/70/EG Rn. 71 ff.

115 Fn. 24.

116 Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002 – Einführung einer vierjährigen zeitlichen Obergrenze für die sachgrundlose Befristung in section 8. Zur Zurückhaltung bei der Umsetzung, *Davies/Freedland*, *Towards a Flexible Labour Market* (2007), S. 87 f.

117 Vgl. *Waas*, „Bausteine“ einer Flexibilisierung des deutschen Arbeitsrechts aus rechtsvergleichender Sicht am Beispiel der Niederlande, *ZfA* 2003, 1, 10, zur grundsätzlich möglichen sachgrundlosen Befristung.

schwer fündig. Wer die im Grünbuch thematisierten arbeitsrechtlichen Drittbeziehungen in Lieferketten¹¹⁸ rechtsvergleichend untersucht, stellt fest, daß hierzu bislang in noch geringerem Maße Vorstellungen entwickelt worden sind. Aus theoretischer Sicht könnte hier ein – wenngleich eng begrenztes – Betätigungsfeld bestehen. Praktisch allerdings wird sich schon die Kommission auf einen solchen Arbeitsansatz kaum einlassen.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Eine europarechtliche Harmonisierung im Bereich des Arbeitsrechts trifft typischerweise auf eine existierende mitgliedstaatliche Regelung. Die Kollision zwischen beiden Rechten wird nach zwei Gesichtspunkten aufgelöst: Prinzip der Mindestharmonisierung und Anwendungsvorrang des Europarechts. 43
2. Wegen des mosaiksteinartigen Charakters des europäischen Arbeitsrechts verlangt eine Anwendungsvorrang beanspruchende Richtlinie nur punktuelle Änderungen am mitgliedstaatlichen Recht. Der Mitgliedstaat wird mit den rechtlichen, den rechts- und wirtschaftspolitischen Folgen einer solchen Einwirkung des Europarechts alleingelassen. Daher muß vor Verabschiedung einer Richtlinie Klarheit darüber bestehen, welche Auswirkungen sie in den 27 Mitgliedstaaten haben kann. 44
3. Die im Wettbewerb der Arbeitskosten stehenden Mitgliedstaaten versuchen, das Risiko der wirtschaftlichen Verwendbarkeit des Arbeitnehmers mit Änderungen am Recht des Beendigungsschutzes, der Arbeit auf Abruf und der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung für den Arbeitgeber zu lindern. Dabei senken sie überwiegend nicht allgemein das Schutzniveau, sondern reagieren mit differenzierenden Regelungen auf spezifische Bedürfnisse des Arbeitsmarkts. 45
4. Die Arbeitsmärkte sind trotz Arbeitnehmerfreizügigkeit einzelstaatlich und nicht europäisch. Eine Regelung, die spezifische Bedürfnisse eines Arbeitsmarkts anspricht, ist damit einzelstaatlichen Charakters. Weil die mitgliedstaatlichen Arbeitsmärkte jeweils eigene Problemgruppen aufweisen, sind sie einer einheitlichen rechtlichen Betrachtung und damit einer Harmonisierung nicht zugänglich. 46
5. Das Prinzip der Mindestharmonisierung räumt den Mitgliedstaaten den erforderlichen Freiraum nicht ein, weil es ein differenziertes Absenken des Arbeitnehmerschutzes nicht zu erfassen vermag. 47
6. In welchem Maße sich die Frage nach der rechtlichen Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Person stellt, ist auch durch die tatsächliche Struktur der Arbeitsteilung auf mitgliedstaatlicher Ebene be- 48

118 Grünbuch (Fn. 5), S. 14 f.

stimmt, die historische und rechtliche Ursachen hat. Damit hängt sie von einzelstaatlichen Umständen ab, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren können.

- 49 7. Das Problem der Scheinselbständigkeit ist kraft rechtlichen Bezugs zu einer mitgliedstaatlichen Arbeitnehmerdefinition einzelstaatlichen Charakters. Eine Harmonisierung würde die Frage nicht lösen, sondern nur vom mitgliedstaatlichen Recht auf die Ebene des Europarechts verlagern.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

Herr *Krebber*, eines hat mich fasziniert. Sie haben diesen europaweiten Neuorientierungsansatz hin zur Berücksichtigung von Arbeitsmarktfolgen skizziert: Schutz der Arbeitnehmer, Schutz der Marktfähigkeit durch Absenkung von Arbeitsrechtsschutz. Ich frage mich, ob das nicht in einem gewissen Widerspruch zu der These vom Kollegen *Franzen* steht, die wir demnächst lesen dürfen. Europa ist danach nur für *Security* zuständig und kann diesen Arbeitsmarktfolgeaspekt gar nicht regulativ aufnehmen. Gibt es nicht eine Zuständigkeit von Europa für einen gemeinsamen Arbeitsmarkt und könnte man nicht womöglich sogar an Höchstarbeitsbedingungen aus Europa denken, wenn es nachweisbare und starke Marktwirkungen von zu intensivem Schutz zu Lasten der Arbeitnehmer gibt? 50

Professor Dr. Sebastian Krebber, LL.M., Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Höchstarbeitsbedingungen existiert meiner Einschätzung nach nicht. Ohnehin nicht im Kapitel über die Sozialpolitik, doch dürften auch allgemeine Ermächtigungsgrundlagen dies nicht hergeben. Im Übrigen ist der Arbeitsmarkt mit Ausnahmen von Grenzregionen wie insbesondere Luxemburg oder mit Ausnahmen für bestimmte Berufe kein europäischer, was sich leicht durch Lesen der Statistiken von Eurostat belegen lässt. Einheitliche europäische Höchstarbeitsbedingungen sind daher auch praktisch nur schwer vorstellbar. Soweit auf den Beitrag von Herrn *Franzen* Bezug genommen wird, bin ich etwas im Nachteil: Ich habe ihn bisher leider nicht lesen können. 51

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Der Beitrag wird in Heft 12 der RIW 2007 erscheinen und ich habe dort Überlegungen angestellt zu Art. 137 EG-Vertrag und das Mindestnormkonzept. Ich glaube, das lässt sich auch halten. Höchstnormen wird man auf der Basis der Kompetenzgrundlage des EG-Vertrags nicht setzen können, das ist meine These. Das ist mit dem Wortlaut, mit dem Zweck usw. gut begründbar. 52

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

- 53 Ich wollte nicht gleich wieder als Erster das Wort ergreifen. Herr *Krebber*, nur ein Punkt, ein Spezialaspekt: Arbeit auf Abruf. Wir haben in Deutschland die Regelung im § 12 TzBfG. Und wir haben die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, das zur Überraschung der meisten Bandbreitenregelung zugelassen hat. Man hat nicht nur zugelassen, dass ein bestimmtes Quantum an Arbeit unterschiedlich verteilt wird, sondern dass es auch eine gewisse Flexibilität bei der Arbeitszeitdauer gibt. Das ist ein Instrument und ein Mechanismus, der *Flexicurity* schafft: Binnenbeweglichkeit im Arbeitsverhältnis, eine gewisse Form der Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen. Der Arbeitgeber kann auf eine veränderte Nachfrage reagieren, auf einen veränderten Arbeitsbedarf, gleichzeitig hat der Arbeitnehmer einen gewissen Mindestschutz. Und er ist auch in gewisser Weise davor geschützt, dass eine veränderte Nachfrage sich gleich in eine Kündigungssituation weiterentwickelt. Meine einfach nur informatorische Frage: Wie sieht es in den anderen Ländern aus? Sie hatten eben das italienische Beispiel angesprochen. Gibt es da auch Grenzen oder geht es bei den von Ihnen geschilderten Fallgestaltungen völlig unbeschränkt? Wie handhaben das die Italiener?

Sebastian Krebber:

- 54 Leider habe ich den Text des italienischen Gesetzes nicht bei mir, so dass ich aus dem Kopf antworten muss. Die Möglichkeiten sind sehr viel weiter gehend als nach deutschem Recht. Im Gegenzug muss allerdings der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unabhängig von einem etwaigen Abruf eine gewisse Grundvergütung entrichten. Die Höhe kann ich aus meiner Erinnerung nicht präzise beziffern, doch ist diese Grundvergütung nicht sehr hoch.

Professor Dr. Hansjörg Otto, Georg-August-Universität Göttingen:

- 55 Ich habe zwei Fragen: Wenn man akzeptiert, dass die sich abzeichnenden Veränderungen vor allem arbeitsmarktpolitische Bedeutung haben, könnte man nicht vielleicht doch die Frage formulieren, ob es europarechtlich möglich wäre, einen Minderstandard abzusichern? Man könnte sagen: „Es wird arbeitsmarktpolitisch immer besser, je weniger Schutzrechte bestehen. Wir streichen also den Kündigungsschutz, dann wollen wir erst einmal sehen, was sich tut. Wir können nach zwei oder drei Jahren noch einmal sehen, ob sich etwas verändert hat oder nicht.“ Das ist der eine Punkt.

Der zweite Punkt: Ist eigentlich alles das, was in den einzelnen Staaten geboten wird, noch mit dem Europarecht, mit dem Antidiskriminierungsrecht vereinbar? Da bekommt man ja seine Zweifel.

Sebastian Krebber:

Die zweite Frage beantworte ich gerne zuerst. Die geschilderten Regelungen der Mitgliedstaaten, die nach am Arbeitsmarkt besonders betroffenen Gruppen von Arbeitnehmern differenzieren, sind beinahe alle unmittelbar oder mittelbar diskriminierend. Der entscheidende zweite Schritt ist, ob eine an diesen Merkmalen ausgerichtete unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt werden kann. Bislang liegt dazu die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Mangold* vor. Zu Ihrem ersten Punkt: Ich möchte vorschreiben, dass mir persönlich ein anderes Ergebnis lieber wäre. Aus grundsätzlichen Erwägungen heraus bin ich alles andere als ein Gegner europäischer Harmonisierung. Ich glaube nur, dass weitere Harmonisierungsakte warten sollten, bis rechtsvergleichend ein Gesamtbild der betroffenen mitgliedstaatlichen Regelungen gewonnen wurde. Dass ein solches Bild bislang fehlt, kann man gleichermaßen den Antidiskriminierungsrichtlinien und dem Grünbuch vorwerfen. Die Kommission müsste ja nun eigentlich den Überblick haben. Doch reiht sie ihre Kenntnisse nur aneinander, ohne sie zu einem Gesamtbild zusammenzufügen. Auf einer solchen Grundlage könnte ich mir als Antwort auf Ihre erste Frage durchaus einen europäischen Mindestschutz vorstellen. Doch sollte man behutsam vorgehen: Die Niederlande etwa werden bei uns häufig als Erfolgsmodell dargestellt. Sie haben die Befristung freigegeben. Das ist europarechtlich nun nicht mehr haltbar. England, welches ebenfalls keinen Befristungsschutz kannte, hat sein Recht ausgesprochen widerwillig den europäischen Vorgaben angepasst und sich für eine vierjährige Höchstgrenze der sachgrundlosen Befristung entschieden.

Volker Rieble:

Das ist auch ein ganz interessanter Ansatz. Eigentlich entpuppen Sie sich als so eine Art *Savigny* des Europäischen Arbeitsrechts, weil Sie letztlich fordern, vor einer Kodifikation müsse man erst einmal einen gewissen Volksgeist entwickeln. Und um diesen Volksgeist zu entwickeln, müsse man überhaupt erst einmal hinschauen und sehen, was da passiert, bevor man mal eben mit der Wurzelbürste darüber geht. Das finde ich einen sympathischen Standpunkt, Regeln erst zu erlassen, wenn man sich ein Bild von der zu regulierenden Situation gemacht hat. Aber ich befürchte, das ist heute kein Element guter Gesetzgebungskunst mehr.

Sebastian Krebber:

- 58 Aber wir sollten daran arbeiten. Das Europäische Arbeitsrecht ist nicht alt, die ersten Richtlinien wurden vor ca. 30 Jahren verabschiedet. Anfangs, das habe ich ja nun bei meinem akademischen Lehrer erlebt, konnte man die Richtlinien nicht richtig einordnen. Insbesondere war unklar, ob mehr hinzukommt oder nicht. Aus der heutigen Sicht wird allerdings deutlich, dass es bei Mosaiksteinchen geblieben ist. Ein Konzept ist nicht erkennbar. In Vorlesungen fällt es mir immer sehr schwer, Studenten zu erklären, warum eine bestimmte Materie auf europäischer Ebene geregelt werden sollte. Jugendschutz, Mutterschutz? Die Massenentlassungsrichtlinie mit ihren doch vergleichsweise niedrigen Schwellenwerten? Es fehlt, wenn man so will, zu alledem der Allgemeine Teil. Man hat nie über die Grundlagen nachgedacht, sondern einfach gehandelt.

Dr. Roland Abele, Verlag Recht und Wirtschaft:

- 59 Ich habe eine Frage, die sich vielleicht sogar mehr an Herrn *Junker* als an Herrn *Krebber* stellt. Beide Vortragenden haben mir jetzt deutlich zu verstehen gegeben, dass sie von dem Grünbuch und den darin vorgeschlagenen neuen Regelungsansätzen nicht so viel halten. Und es gab eben diese Antworten oder Reaktionen auf das Grünbuch. Gab es denn überhaupt irgendjemanden, der den Vorschlag oder zumindest die Richtung gut fand? Was ich bisher gehört habe, auch aus dem Vortrag von Herrn *Junker*, war immer nur negativ.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 60 Wie ich schon in meinem Vortrag gesagt hatte, Herr *Abele*, ist das Grünbuch in dem Sinne ordnungspolitisch neutral als es versucht, jeder Richtung ein paar Brocken hinzuwerfen und einmal zu fragen, was dazu gemeint wird. Das ist die Politik des „Steine ins Wasser werfen“, um zu schauen, wie weit die Wellen tragen. Man kann schon sagen, dass die Arbeitgeberverbände sich naturgemäß auf die Flexibilisierungsteile des Grünbuchs gestützt haben. Aus ihrer Sicht muss das ausgebaut werden. Und die Gewerkschaften stützen sich naturgemäß auf die Teile, die den Sozialschutz in prekären Arbeitsverhältnissen betonen. Sie sprechen sich beispielsweise auch für eine Überleitung befristeter Arbeitsverträge und Arbeitnehmerüberlassung in sog. Normalbeschäftigungsverhältnisse aus. Aber es ist schon genau so, wie Herr *Krebber* es sagt. Es fehlt eben selbst dieser Fragestellung an einer irgendwie nutzbar zu machenden Leitlinie. Dem Grünbuch fehlt der Allgemeine Teil. Das was dort niedergelegt ist, ist eigentlich ein Sammelsurium von Erwägungen, die irgendwo kurzfristig schnell zusammengetragen worden sind und aus denen man kein Konzept

machen kann. Und darauf stützt sich die weitgehende Skepsis derjenigen, die sich dazu geäußert haben. Man nennt einfach so Themen, die gerade modern sind. Dazu fragt man, ob man sie in eine bestimmte Richtung regulieren kann. Das ist natürlich im Arbeitsrecht besonders schwierig, weil die drei Akteure Staat, Gewerkschaften, Arbeitgeber und auch noch viele andere in ganz unterschiedliche Richtungen ziehen. Daher vielleicht auch die eher ernüchternde Reaktion.

Matthias Rohrmann, Arbeitgeberverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister:

Wenn ich das zusammenfasse, was Sie vorgetragen haben: Ist das Grünbuch nicht genau ein Zeichen dafür, was Sie anfangs in Ihrer Analyse gesagt haben, dass Europa bislang nur punktuell eingegriffen hat? Und sind nicht die Reaktionen darauf ein klares Signal der Mitgliedstaaten, dass es auch so bleiben sollte? So kann man das doch wohl interpretieren. Das ist für Herrn *Spidla* misslich, weil er dann keine Richtlinie auf dem Gebiet zustande bekommt. Das ist übrigens auch ein Problem, das wir generell bei der BDA vor kurzem einmal angesprochen hatten. Wir hatten da Herrn *Vanderpass*, den Generaldirektor, zu Gast. Und er berichtete über das, was sich die Kommission in dem Bereich überlegt. Und er hat auch gesagt, dass beim Grünbuch das Europäische Parlament, das sich sonst gerne als Treiber dargestellt hat, sehr kontrovers darüber diskutierte und nicht zu einer einheitlichen Linie gelangen konnte. Das kann man ja sehr wohl als Ausdruck dessen sehen, dass es entweder das Bedürfnis für einen solchen Rahmen nicht gibt, oder dass es zu früh ist. Dann sollte man es doch am besten zurzeit eher lassen und sich auf die punktuellen Eingriffe beschränken, in denen man als Europäische Kommission Regulierungsbedarf sieht. Das ist meine Frage. Schließlich haben Sie angedeutet, Sie bemängeln den Oberbau auf der europäischen Ebene, weil es eben nur diese punktuellen Eingriffe gibt. Vielleicht habe ich das auch missverstanden. Ein Beispiel, an dem ich das auch noch einmal festmachen will, ist, was Herr *Vanderpass* auch geäußert hat: Er lobte die deutsche Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien. Er fand es gut, dass man in Deutschland weit über das Nötige hinausgegangen sei. Allerdings schickte er vorweg, dass die EU-Kommission festgestellt habe, dass man im Zivilrechtsbereich nicht zufrieden sei. Im Bereich des Arbeitsrechts sei man zufrieden, aber im Zivilrechtsbereich hätte man doch das Gefühl, dass erheblicher, weitergehender Handlungsbedarf bestünde. Dann schränkte er das wieder ein, und kündigte an, erst einmal eine Befragung durchzuführen. Anhand der Befragung wolle er dann sehen, ob dieser Handlungsbedarf, den er vorher schon festgestellt hatte, tatsächlich bestehe. Fast denselben Eindruck hat man bei dem Grünbuch. Man hat ein Thema entdeckt und versucht etwas abzufragen. Jetzt ist das Ergebnis nicht so, wie man es sich offenbar vorgestellt hat.

Sebastian Krebber:

- 62 Hinsichtlich des Oberbaus möchte ich nicht missverstanden werden. Es wird angesichts der Breite des Arbeitsrechts immer nur punktuelle europarechtliche Regelungen geben. Selbst eine vollständige Umsetzung des Grünbuchs würde nur zu punktuellen Einwirkungen auf die mitgliedstaatlichen Rechte führen. Es geht mir überhaupt nicht darum, darüber hinauszugehen und eine europäische Gesamtregelung des Arbeitsrechts zu fordern. Mein Argument war ein anderes: Man sollte sich vor einer Regelung auf der europäischen Ebene Gedanken darüber machen, was die anvisierten punktuellen Eingriffe in die mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte anrichten. So wollte ich es verstanden haben.

Hansjörg Otto:

- 63 Eine kleine Bemerkung noch zu dem eben angesprochenen Thema: Als das Grünbuch auftauchte, tauchte es gewissermaßen als Schreckgespenst auf. Jedenfalls wurde es vielfach so formuliert. Jetzt droht das große Unheil, jetzt wird alles reguliert. Die nähere und nüchterne Betrachtung hat gezeigt: das Schreckgespenst hat jedenfalls keine Luft. Zieht man ein paar Mal Luft heraus, fällt das Ganze in sich zusammen. Kann man es nicht vielleicht auch einmal etwas positiver sehen und daraus eine Lehre für unsere deutsche Diskussion ziehen? Dass Europa endlich einmal fragt, bevor es etwas tut. Das wäre doch ein ganz sinnvoller Weg nach dem, was Sie gesagt haben. Und es wäre das, was wir wollen. Wir sagen, dass die Kommission keine Linie vorgegeben habe. Ich kann mir im Moment keine Linie vorstellen, die ich dort gerne vorgegeben gehabt hätte. Von daher sollte man im Grunde die Kommission ermuntern, wenn sie in Zukunft überhaupt etwas tut, zunächst einmal zu fragen und nachzuforschen, wie es in den nationalen Regimen steht und welche Folgerung eventuell eine europarechtliche Maßnahme hat. Dann wären wir doch auf einem guten Weg und das Gespenst würde vielleicht in einer gewissen Schönheit wieder auftauchen.

Professor Dr. Johannes Peter Francken, Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg:

- 64 Ich will das vielleicht einmal aufgreifen: Europa fragt. Das ist der erste Schritt. Und dann sollten die Mitgliedstaaten, alle 27, erst einmal sammeln. Das können wir schon nicht. Wir sind nicht in der Lage, unser Arbeitsvertragsgesetzbuch aufzubauen. Wenn das geschafft ist, dass alle 27 gesammelt haben, dann kann Europa tätig werden. Dann können wir einmal über eine Neustrukturierung der Befristungsrichtlinie diskutieren. Aber dann liegen alle 27 Länder vor uns. Und ich glaube, erst dann kann Europa handeln.

Sebastian Krebber:

Wenn ich dazu vielleicht kurz etwas anmerken darf. Mein schlimmstes Erlebnis mit dem Grünbuch war das Durcharbeiten der in den Fußnoten zitierten Dokumente. Es handelt sich meist um selten unjuristische und unpräzise Stellungnahmen. Es ist erschreckend zu sehen, auf welchem dünnem Eis dort gearbeitet wird. Ich würde mich freuen, Herr *Otto*, wenn die Akteure Fragen stellen. Doch könnten sie auch erst einmal ein bisschen selbst arbeiten. Die Mitgliedstaaten müssen vieles melden, die Kommission beobachtet. Keiner ist eigentlich in einer besseren Position, sich den Gesamtüberblick über die mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte zu verschaffen. Wenn von der Kommission dann einmal einigermaßen juristische Texte produziert werden, werden noch nicht einmal die Gesetze zitiert. Als Arbeitsrechtler hat man keine Möglichkeit, die Ausführungen der Kommission nachzuvollziehen. Dieser Zustand ist wirklich schlimm. 65

Johannes Peter Francken:

Das ist doch gerade das Problem. Europa fragt etwas unqualifiziert. Das ist richtig. Aber die Antworten fallen ja doch diffus aus. Selbst wir sind ja total zersplittert, obwohl wir, glaube ich, eine ganz gute Arbeitsrechtskultur haben. Und deshalb glaube ich, dass eher der zweite Schritt zurzeit erforderlich ist. Wenn wir schon weiter wären, hätten wir auf diffuse Fragen eine sehr geordnete Antwort gehabt. Deshalb müssen wir eher mit dem zweiten Schritt anfangen, weil der erste, von Europa kommende Schritt zurzeit nicht zielführend ist. 66

Sebastian Krebber:

Damit bin ich einverstanden. Nur ist die Kommission nicht auf die Antworten auf entsprechende Fragen angewiesen, um herauszufinden, wie die mitgliedstaatlichen Arbeitsrechte aussehen. Sie sammelt ohnehin die ganze Zeit. Auch die OECD sammelt und veröffentlicht ihre Erkenntnisse in Dokumenten, die für Juristen mitunter insgesamt brauchbarer sind. Tatsächlich haben die Fragen etwa im Grünbuch daher auch eine eher rechtspolitische Ausrichtung: Die Kommission erkundigt sich, ob die Mitgliedstaaten eine europäische Regelung wünschen. 67

Volker Rieble:

Man kann vielleicht noch eines sagen: Es ist in der Tat nicht nur schwierig, national ein sauber durchstrukturiertes Arbeitsrecht zu schaffen. Wir haben es bis heute nicht geschafft, die Teilsäulen des Individualrechts in sich schlüssig zu machen und sie mit dem kollektiven Arbeitsrecht, sei es Betriebsverfassungsrecht, sei es Tarifrecht, sauber zu verzahnen. Jeder, 68

der Studenten das beibringen muss, weiß, dass diese erst einmal ziemlich frustriert sind, wenn sie aus der Zivilrechtsschule kommen. Dazu kommt, dass sich unsere Vorstellung von gutem Arbeitsrecht mit Blick auf die wirtschaftlichen Folgeschäden ändert, die ein hohes Schutzniveau anrichtet. Die Diskussion gibt es offenbar nicht nur bei uns, sondern ist auch anderswo in vollem Gange. Dazu kommen die neuen sozialen Probleme der Beschäftigung Älterer, der Qualifizierung. Wenn man ins Berufsbildungsgesetz schaut und da einmal denkt: „Wie könnte eine Qualifizierung im Beruf vernünftig aussehen?“, da ist man allein gelassen. Dieses alles ändert sich und ist im Fluss. Dann fragt man sich, ob es überhaupt möglich ist, jetzt im *Savigny*'schen Sinne durch Momentaufnahmen der jeweiligen Diskussionsstände in einzelnen Mitgliedstaaten überhaupt so etwas wie einen partikularen europäischen Volksgeist des Arbeitsrechts zu entdecken. Ist das nicht ein unmögliches Unterfangen?

Sebastian Krebber:

- 69 Ich würde das Unterfangen nicht als unmöglich bezeichnen. Denn trotz der unterschiedlichen Auffassungen, die wir hier im Raum zu Fragen des deutschen Arbeitsrechts haben, sind wir doch alle in der Lage, in wenigen Worten die Haltung der Rechtsprechung wiederzugeben. Man müsste sich an dem orientieren, was für die Praxis maßgeblich ist. Das können wir alle. Ob das Ergebnis freilich ist, dass eine hinreichende Basis für ein Tätigwerden Europas existiert, ist hingegen vollkommen offen. Hierzu weiß ich zu wenig. Ich habe die Entwicklung von nur vier von 27 Mitgliedstaaten ausgewertet.

Privatdozent Dr. Hans Hanau, Eberhard-Karls-Universität Tübingen und Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

- 70 Herr *Rieble*, ich wäre fast depressiv geworden, als ich Ihnen gerade zugehört habe, weil es schwierig ist und kompliziert. Wir können eigentlich gar nichts machen. Etwas hat mir aber wieder Hoffnung gegeben. Wenn man sich das alles anhört, ist es vielleicht doch an der Zeit, an einen europäischen Referenzrahmen zu denken. Heute Nachmittag bekommen wir dazu einen Vortrag geboten. Uns fehlt ein Allgemeiner Teil, wir beklagen das. Aber wir müssen mit Europa leben. Es ist Realität. Ich fand das Papier nicht so schlecht. Das Grünbuch will ich nicht verteidigen, es ist sicher keine Grundlage für eine Normierung. Aber intellektuell herausfordernd fand ich es schon. Und ich fand auch die Tendenz gar nicht schlecht. Ich frage mich, wäre es nicht an der Zeit, einen Baukasten zu entwickeln, ein System ohne normative Struktur voranzubringen, auf das man zur Not jedenfalls zurückgreifen könnte? Ein Modell, das man anlegen könnte, wenn man etwa an einzelstaatliche Regelungen denkt. Ich fand es hoch interessant, etwas über die mitgliedstaatlichen Regelungen zu erfahren. Ich will

damit nicht sagen, dass das jeweils der Weisheit letzter Schluss ist. Natürlich sind Italiener anders als Spanier. Dass die jeweils die optimale Regelung übernommen haben, wage ich zu bezweifeln, ohne mich im Detail auszukennen. Ich könnte mir sogar vorstellen, dass die Franzosen ganz glücklich gewesen wären, wenn sie für ihr *CPE* damals europäische Grundlagen hätten anführen können. Ich bin durch den Tränengasnebel auf dem Weg zur *Sorbonne* gelaufen. Ich hätte mich sehr gefreut, wenn das etwas ziviler zugegangen wäre. Für die Franzosen wäre es vermutlich leichter gewesen, wenn man ihnen einmal klar gemacht hätte, einen Blick über die Grenzen zu werfen. Anderswo sieht es ähnlich aus. Es wäre doch ganz schön, wenn man auf europäischer Ebene wenigstens Bausteine hätte, auf die man zurückgreifen könnte, sofern man etwas Gescheites hinbekommt. Die Frage ist, welche Rationalität man in Europa versammelt, wer das dann konkret machen sollte.

Ich war in Potsdam auf der Zivilrechtslehrertagung. Ich bin da sehr skeptisch hingegangen. Dort ging es um die Vereinheitlichung des europäischen Bürgerlichen Rechts. Ich bin danach durchaus weniger euroskeptisch zurückgekommen als ich hingefahren bin. Weil das, was über die Vorgehensweise berichtet wurde, zum Teil gar nicht unvernünftig klang. Ich hatte immer Angst, da tagen Kommissionen und am Ende wird alles so subkutan untergeschoben. Und dann ist das Ergebnis plötzlich da. Dann gilt das irgendwann auch, wenn man gar nicht mehr daran vorbeikommt. Aber wenn man diese Prozesse transparent gestaltet, wenn man den jeweiligen Sachverstand einbringt, könnte durchaus etwas herauskommen, von dem selbst die Deutschen noch etwas hätten.

Sebastian Krebber:

Auf der einen Seite bin ich mir selbst auch nicht immer sicher, ob meine Skepsis gegenüber einer europarechtlichen Regelung nicht vielleicht überzogen ist. Doch wenn ich unterstelle, dass die Mitgliedstaaten sich bei ihren differenzierenden Regelungen etwas gedacht haben, frage ich mich andererseits schon, wie es Europa möglich wäre, in diesem Bereich eine einheitliche europäische Regelung zu treffen. Die Deutschen sind an den älteren Arbeitnehmern interessiert, die Franzosen an den unter 25-Jährigen und die Italiener liegen in der ganzen Bandbreite von Variationen dazwischen. Keine der Varianten taugt für die anderen Mitgliedstaaten. Was also wäre der Spielraum für eine europäische Richtlinie? Abstrakt zu gestatten, dass in den Mitgliedstaaten für von ihnen zu bestimmende Altersgruppen der Beendigungsschutz gesenkt wird? Dafür benötigt man Europa nicht. 71

Paul-Gerhard Stähler, Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen:

- 72 Ich möchte noch einmal auf dieses Wunschenken zurückkommen, das hier mehrmals geäußert wurde. Die Kommission fragt alle ab und dann macht man das, was das Beste für Europa ist. Ich habe die Erfahrung gemacht, dass das andersherum funktioniert. Das klang hier auch bei den Antidiskriminierungsrichtlinien bereits an. Ich glaube auch, dass das Grünbuch Arbeitsrecht andersherum funktioniert hat. Die Kommission hat eine klare Idee, in welche Richtung sie will. Sie fragt die Staaten, weil sie das irgendwie muss. Dann wird aus einem Grünbuch ein Weißbuch, ehe dann irgendwann eine Richtlinie daraus wird. Und bei der Antidiskriminierungsrichtlinie ist angekündigt, dass auch da die Fragen kommen werden. Die Fragen werden genau in die Richtung kommen: „Braucht es den Antidiskriminierungsschutz auch im Zivilrecht?“ Es wäre wunderschön, wenn es so wäre, dass man erst abfragt und das Beste dann tut. Aber ich habe meine Zweifel daran.

Sebastian Krebber:

- 73 Dem kann ich eigentlich nichts hinzufügen.

Rüdiger Krause:

- 74 Ich möchte nur an das anknüpfen, was *Hans Hanau* gesagt hat. Ich glaube, wenn ich Dich richtig verstanden habe, geht es ja eher darum, gemeinsame Prinzipien des Europäischen Arbeitsrechts herauszuarbeiten. Es geht weniger um Detailfragen, z.B. ob nun der Eingliederungsvertrag bei 18 oder 25 Jahren einzusetzen oder zu enden hat. Das wäre aus meiner Sicht schon eine lohnenswerte Perspektive, die freilich nicht unbedingt gleich in Richtlinien einmünden müsste oder überhaupt in Rechtssetzungsakte. Es wäre eher eine Frage der gemeineuropäischen Arbeitsrechtswissenschaft, sich zu überlegen, welche gemeinsamen Wurzeln, Prinzipien, Leitlinien es gibt und ob das in irgendwelche Referenzrahmen einmündet. Das ist vielleicht eher eine sekundäre Frage.

Sebastian Krebber:

- 75 Ich würde das als Traum ansehen. Diesen zu verwirklichen, ist jedoch sehr schwer.

§ 3 „Europäischer Arbeitnehmerbegriff“, Subunternehmerhaftung und andere Brennpunkte des Grünbuchs Arbeitsrecht

Rn.

A. Referat Sebastian Hopfner	1
I. Das Grünbuch und die systembedingte Skepsis der Arbeitgeberseite	1
II. Historie und Folgerungen aus dem Grünbuch	8
III. Bewertung aus Sicht der Arbeitgeber	17
1. Aktuelles Stillhalten der Kommission ist kein Zugeständnis an die Arbeitgeberseite.	17
2. Europäischer Arbeitnehmerbegriff in Planung	23
3. Europäischer Arbeitnehmerbegriff mit den Lissabon-Zielen unvereinbar	27
IV. Zusammenfassung	35
B. Referat Gregor Asshoff	40
C. Diskussion	41

A. Referat Sebastian Hopfner*

I. Das Grünbuch und die systembedingte Skepsis der Arbeitgeberseite

- 1 Wenn die Europäische Kommission eine Grundsatzdebatte zum Thema Arbeitsrecht anstößt, so kann dies für die Unternehmen in Europa nichts Gutes verheißen. Dies liegt nicht daran, dass der Europäischen Kommission bei ihren Rechtsetzungsinitiativen in Bezug auf berechnigte Arbeitgeberinteressen stets ein böser Wille zu unterstellen ist. Die Europäische Kommission mag bei ihren Initiativen durchaus auch den Willen haben, identifizierte Problemfelder für die Unternehmen auszuräumen, sogar im Bereich der Sozialpolitik. Begründet ist diese Sorge durch einen elementaren Systemfehler der Europäischen Rechtsetzung, die unabhängig von der Intention der europäischen Politik stets dazu führen muss, dass Rechtsetzungsinitiativen aus Brüssel im Bereich des Arbeitsrechts Verschlechterungen für die Unternehmen in Form von neuen Regulierungen mit sich bringen, keinesfalls aber Verbesserungen. Mit anderen Worten: Selbst wenn die Europäische Union den Unternehmen etwas Gutes tun will, sie kann es nicht!
- 2 Weshalb ist das so? Das System europäischer Rechtssetzung trägt, bezogen auf den Sozialschutz in Europa, den Mechanismus in sich, dass die Standards lediglich erhöht, nicht jedoch abgesenkt werden können. Ursache hierfür ist der Umstand, dass die Rechtssetzung im Bereich der europäischen Sozialpolitik nach den Art. 136 ff. EGV ausschließlich über Richtlinien gem. Art. 249 Abs. 3 EGV erfolgt, nicht hingegen im Wege der unmittelbaren Rechtssetzung über Verordnungen gem. Art. 249 Abs. 2 EGV. Europäische Richtlinien setzen nicht unmittelbar Recht, sondern bedürfen der Umsetzung in nationales Recht durch staatliche Rechtssetzungsakte der EG-Mitgliedsstaaten. Da über Richtlinien also lediglich Standards gesetzt werden, welche die Mitgliedsstaaten übererfüllen können, nicht aber unterschreiten dürfen, befindet sich die Politik der Europäischen Union in einer sozialpolitischen Einbahnstraße. Es ist eine systembedingte Einbahnstraße, welche in Richtung Regulierung, nicht aber Deregulierung weist.
- 3 Den Organen der Europäischen Union ist es schlechthin (systembedingt) nicht möglich, einen sinnvollen Beitrag für eine Deregulierung zu leisten. Selbst die Abschaffung überflüssiger Richtlinien bewirkt zunächst keine Deregulierung, da die auf Grundlage der dann aufgehobenen Richtlinien vormals erlassenen nationalen Gesetze nicht außer Kraft gesetzt werden. Vielmehr bedürfte es jeweils nach Aufhebung einer Richtlinie oder dem Absenken eines europäischen Sozialstandards in allen Mitgliedstaaten

* Dr. Sebastian Hopfner, Geschäftsführer, Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen.

entsprechender Rücknahmeakte mit einer entsprechenden vorgelagerten politischen Debatte. Das ist wenig realistisch.

Folglich wurde der Sozialschutz in der Europäischen Union in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten durch europäische Rechtsetzungsinstrumenten stets nur erhöht, niemals jedoch abgesenkt. Entsprechend würde es sich bei Maßnahmen der Europäischen Kommission im Bereich des Arbeitsrechts darstellen. 4

Die Gewerkschaften haben diesen Wirkmechanismus des europäischen Systems längst erkannt. Entsprechend haben sie sich auch international aufgestellt. Auf einen Interessenvertreter der Unternehmens-/Arbeitgeberseite in Brüssel kommen drei Interessenvertreter der Gewerkschaften. Geprägt durch sinkende Mitgliederzahlen und die Erfahrung, (vermeintliche) Arbeitnehmerinteressen immer weniger erfolgreich im Wege der unmittelbaren Auseinandersetzung mit dem sozialpolitischen Gegenspieler durchsetzen zu können, verlagern die Gewerkschaften ihre Truppen aus den Betrieben und von der Straße direkt nach Brüssel. In der europäischen Einbahnstraße spielt es sich besser. 5

Folglich können die von der Europäischen Kommission in ihrem Grünbuch Arbeitsrecht aufgezeigten Handlungsoptionen, soweit sie in die richtige Richtung weisen, ohne Polemik als Utopien bezeichnet werden. Dort nämlich, wo die Europäische Kommission in Aussicht stellt, Maßnahmen zu ergreifen, die bestehenden arbeitsrechtlichen Barrieren für einen Wechsel eines Erwerbslosen in ein Beschäftigungsverhältnis abzusenken, fehlt es der Europäischen Union schlechthin an Instrumenten zur Umsetzung entsprechender Maßnahmen. 6

Folge dieses Zustands ist, dass die Arbeitgeber auf Grundlage der Diskussion zum Grünbuch Arbeitsrecht keine Wohltaten erwarten können, allenfalls die Unterlassung weiterer Regulierungen. Entsprechend fällt auch die Bewertung darüber aus, was das Grünbuch Arbeitsrecht bzw. dessen Folgewirkungen auf die Rechtsetzungsinstrumenten der Europäischen Kommission mit sich bringen wird. 7

II. Historie und Folgerungen aus dem Grünbuch

Im Jahr 2005 wurde bekannt, dass die Europäische Kommission die Verabschiedung eines Grünbuchs Arbeitsrecht plant. Schon lange bevor das Grünbuch am 22.11.2006 veröffentlicht wurde, begannen die „Grabenkämpfe“ über die Ausrichtung dieses zwar rechtlich unverbindlichen, aber politisch bedeutsamen Positionspapiers. Im Rahmen dieses Prozesses zeigte sich deutlich, dass Rechtsetzungsinstrumenten auf europäischer Ebene ihren ganz eigenen Regeln folgen. Während auf nationaler Ebene Rechtsetzungsinstrumenten durch die gewählten Parlamente bzw. die ebenfalls demokratisch legitimierte Regierungen gestaltet werden, ist hierfür auf europäischer Ebene ausschließlich die nicht vom Volk gewählte Europäische Kommission zuständig. Anders als auf Ebene der Mitgliedsstaaten 8

wird die Agenda der Politik in Europa durch den Verwaltungsapparat festgelegt.

- 9 Innerhalb des Verwaltungsapparates gibt es verschiedene politische Strömungen, die um Durchsetzung ihrer eigenen Positionen ringen. Im Vorfeld des Erlasses des Grünbuchs kursierten mehrere „inoffizielle“ Entwürfe. Diese vermochten nichts Gutes zu verheißen. Bereits die tendenziöse Diktion ließ vermuten, aus wessen Feder Ideen stammten, die zu Papier gebracht wurden. Die Papiere waren jedenfalls erkennbar nicht ganz frei von gewerkschaftlichem Einfluss.
- 10 Umso überraschender fiel die zuletzt am 22.11.2006 verabschiedete Fassung des Grünbuchs aus. Sowohl in Bezug auf die aufgeworfenen Fragestellungen als auch in Bezug auf inhaltliche Aussagen war das Papier relativ neutral gehalten.
- 11 Zum Zwecke der Herbeiführung einer möglichst breiten Diskussionsbasis eröffnete die Europäische Kommission ein sog. öffentliches Online-Konsultationsverfahren, das sich an einen großen Adressatenkreis richtete. Es wurden nicht nur die Sozialpartner befragt, sondern an dem Verfahren konnte sich jeder „Interessierte“ beteiligen. Per Internet konnten sich Interessierte sechs Monate lang zu insgesamt 14 recht offen gehaltenen Fragen äußern.
- 12 Enttäuschend fiel schließlich die Beteiligung an dem europaweiten Verfahren aus. Lediglich 440 Stellungnahmen gingen ein, die Hälfte davon aus Deutschland. Die Ausführungen der verschiedenen Interessengruppen im Rahmen des Online-Konsultationsprozesses trieben – was nicht anders zu erwarten war – durchaus ihre Blüten. Die Beteiligten konnten sich dazu aufgefordert sehen, sich alles das, was sie vom Gesetzgeber im Bereich des Arbeitsrechts erwarten, von der Seele zu schreiben. Dabei konnten von den Beteiligten – wen wundert es – auch Aussagen gemacht werden, die dazu führen, dass sich die berühmten Balken biegen. Die Gewerkschaft ver.di behauptete in ihrer Stellungnahme vom 14.3.2007 ernsthaft, im deutschen Arbeitsrecht sei in der Vergangenheit dereguliert worden **„bis es quietscht“**! Leider bleibt unerwähnt, wo dies der Fall gewesen sein soll. Vermutlich ging das Quietschen recht lautlos vonstatten. Äußerst bemerkenswert ist die im selben Zusammenhang gemachte Aussage von ver.di, dass das Arbeitsrecht für sich genommen **„heillos überfordert“** sei, nennenswert zu Problemlösungen im Bereich der Beschäftigungslösung beizutragen. Das Arbeitsrecht sei kein Beschäftigungsinstrument. Dementsprechend darf es nur verwundern, wenn die Gewerkschaften fortlaufend eine Erhöhung des Sozialschutzes im Bereich des Arbeitsrechts verlangen.
- 13 Am 24.10.2007 nahm die Europäische Kommission schließlich zu den Ergebnissen des Konsultationsverfahrens Stellung. Sie kommt darin zu einem wenig überraschenden Ergebnis: Im Rahmen des Konsultationsverfahrens habe sich aufgrund der zu Tage getretenen widerstreitenden Inte-

ressen gezeigt, wie schwierig es sei, gemeinsame Ansichten zu isolieren. Eine eindeutige Richtung, in welcher Art und Weise im Bereich des Arbeitsrechts durch regulative Maßnahmen eine Verbesserung der aktuellen Situation erreicht werden könne, könne den Stellungnahmen nicht entnommen werden.

Weit überraschender als das Ergebnis ist die seitens der Europäischen Kommission hieraus gewonnene Erkenntnis: Ausgerechnet die in Rechtssetzungsprozessen erfahrene Europäische Kommission musste sich erst den Ergebnissen einer Online-Konsultation bedienen, um zu der Erkenntnis zu gelangen, im Bereich der Sozialpolitik bzw. des Arbeitsrechts bestünden unterschiedliche Positionen, die nur schwer miteinander in Einklang zu bringen sind. Und noch überraschender ist die Schlussfolgerung aus dieser erwartungsgemäß unübersichtlichen Gemengelage: Die Europäische Kommission sieht „aufgrund dessen“ aktuell keinen Bedarf für die Initiierung weiterer Rechtssetzungsakte. Insbesondere nahm die Europäische Kommission davon Abstand, ein sog. „Weißbuch“ zum Thema zu veröffentlichen. 14

Im gleichen Kontext erklärte die Europäische Kommission jedoch, sie wolle im Jahr 2008 „**notwendige Schritte**“ unternehmen, um die in der Mitteilung angesprochenen Probleme in einen „**breiteren Flexicurity-Kontext zu stellen**“. Sie würde sich auf die Behandlung von bestimmten Einzelaspekten beschränken und nennt hierbei insbesondere: 15

- Prävention und Bekämpfung von Schwarzarbeit, besonders in grenzüberschreitenden Fällen;
- Förderung, Entwicklung und Umsetzung von Maßnahmen im Bereich Fortbildung und lebenslanges Lernen zur Schaffung von mehr Beschäftigungssicherheit im Verlauf des gesamten Arbeitslebens;
- Interaktion zwischen Arbeits- und Sozialrecht zur Unterstützung reibungsloser Beschäftigungsübergänge und nachhaltiger Systeme der sozialen Sicherheit;
- Klarstellung des Wesens von Beschäftigungsverhältnissen zur Förderung eines besseren Verständnisses und zur Erleichterung der EU-weiten Zusammenarbeit;
- Klärung der Rechte und Pflichten der Beteiligten bei Untervergabetketten, damit Arbeitnehmer nicht daran gehindert werden können, effektiv von ihren Rechten Gebrauch zu machen.

Insbesondere die beiden letztgenannten Aspekte lassen deutlich erkennen, dass die Europäische Kommission von ihrem Kernanliegen – der Schaffung einer einheitlichen Definition des Arbeitnehmerbegriffs – nicht Abstand nehmen will. Es soll ein neuer Diskussionsprozess gestartet werden, der dann womöglich in ein Richtlinienvorhaben mündet. Ein Richtlinienvorhaben, welches sicherlich nicht eine Eingrenzung des Arbeitnehmer- 16

begriffs oder die Schaffung von mehr Rechtssicherheit zur Folge haben würde, sondern das genaue Gegenteil bewirken würde.

III. Bewertung aus Sicht der Arbeitgeber

1. Aktuelles Stillhalten der Kommission ist kein Zugeständnis an die Arbeitgeberseite.

- 17 Der auf europäischer Ebene vielfach gebräuchliche Begriff der **Flexicurity**, also die Zusammensetzung der Begriffe „*Flexibility*“ und „*Security*“, erscheint komplex. Flexibilität und soziale Sicherheit sollen so miteinander in Einklang gebracht werden, dass auf der einen Seite die Unternehmen in ihrer Wettbewerbsfähigkeit nicht beschränkt werden, auf der anderen Seite die Arbeitnehmer jedoch ein höchstmögliches Maß an sozialer Sicherheit erhalten. Auf politischer Ebene bedeutet dies, dass die europäischen Rechtsetzungsorgane – und hierbei spielt die Europäische Kommission als ausschließliches Initiativorgan eine zentrale Rolle – sowohl die Unternehmensbelange als auch die Belange der Arbeitnehmer im Auge behalten und in einer Art „Wechselspiel“ einmal in die eine und einmal in die andere Richtung tätig werden.
- 18 Wer die „Brüsseler Szene“ längerfristig beobachtet, kann erkennen, dass sich dieses Politikkonzept der Europäischen Kommission dahingehend niederschlägt, dass aus dem Ergebnis des Diskussionsprozesses in der Vergangenheit durchaus Schlussfolgerungen für die Vorgehensweise in der Zukunft gezogen werden. Setzt sich eine Seite der Interessenträger (Gewerkschaften und Verbände) bei einem bestimmten Richtlinienvorhaben überdurchschnittlich durch, so wird dies beim nächsten Rechtsetzungsprozess seitens der Europäischen Kommission als Argument dafür verwendet, dass nunmehr der anderen Seite Zugeständnisse in einem anderen Bereich gemacht werden müssten. Nicht anders wird sich dies bei den künftigen Diskussionen über ein europaeinheitliches Arbeitsrecht auswirken. Der Seite, der im Rahmen des Diskussionsprozesses über ein Grünbuch Arbeitsrecht die Rolle des (vermeintlichen) „Gewinners“ zugemessen wird, wird die Europäische Kommission schon in naher Zukunft Zugeständnisse abringen wollen.
- 19 Welche Seite hat nun beim Diskussionsprozess über ein Grünbuch Arbeitsrecht Feldvorteile errungen? Objektiv ist dies schwer festzustellen. Denn letztendlich kündigt die Europäische Kommission ein Stillhalten an. Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften haben sich somit objektiv mit einem „Null zu Null“-Unentschieden getrennt. Anders ist jedoch die subjektive Wahrnehmung in Brüssel. Da die Arbeitgeberseite naturgemäß – und systembedingt – im Schwerpunkt für eine Abstandnahme von Rechtsetzungsinitiativen im Bereich des Arbeitsrechts appelliert hat, wird ihr der Ausgang des Diskussionsprozesses als Erfolg zugeschrieben.

Dem ist jedoch nicht so. Im Grünbuch Arbeitsrecht werden seitens der Europäischen Kommission einige Thesen aufgegriffen, die für eine Minderung des durch das Arbeitsrecht geschaffenen Sozialschutzes sprechen würden. So wird insbesondere die österreichische Reform des Abfindungsrechts von 2002 als beispielhaft dafür angeführt, wie durch eine Herabsetzung des Sozialschutzes im herkömmlichen Sinne (Kündigungsschutz) und einer Abkehr vom Arbeitsplatzschutzgedanken hin zu einem Beschäftigungsschutzgedanken beschäftigungsfördernde Wirkungen erzielt werden können. Die Europäische Kommission äußert sich hierzu im Grünbuch ausdrücklich wie folgt:

„Bei der Entscheidung für einen lebenszyklusorientierten Ansatz in der Beschäftigungspolitik kann es sich als notwendig erweisen, auf das Bemühen, bestimmte Arbeitsplätze zu schützen, zu verzichten und zu einem die Beschäftigungssicherheit stützenden Regelungsrahmen überzugehen, der auch soziale Unterstützung und aktive Maßnahmen zugunsten von Arbeitnehmern während Übergangszeiten umfasst.“

Die Abschaffung des Kündigungsschutzes ist seit Jahrzehnten eine der Kernforderungen der Arbeitgeberseite. Durch ein Stillhalten der Europäischen Kommission im Bereich der Arbeitsrechtsetzung werden entsprechende fortschrittliche und von der Arbeitgeberseite unterstützte Maßnahmen jedoch nicht unternommen, sondern unterlassen. Folglich müssen die Ergebnisse des Diskussionsprozesses über das Grünbuch Arbeitsrecht der Europäischen Kommission auch von Seiten der Unternehmen im Ergebnis als enttäuschend bewertet werden.

Das angekündigte (vorübergehende) Stillhalten der Europäischen Kommission ist somit kein Zugeständnis an die Arbeitgeberseite. Auch die Arbeitgeberseite hat durch die Unterlassung weiterer Initiativen keinen Erfolg errungen, sondern ist über die Ergebnisse des Diskussionsprozesses enttäuscht.

2. Europäischer Arbeitnehmerbegriff in Planung

Allein die im Konsultationsverfahren von Seiten der Praxis und Wissenschaft vielfach geäußerte Feststellung, die Thematik des Arbeitsrechts sei juristisch hoch komplex und die nationalen Rechtsordnungen seien diesbezüglich hoch sensibel, wird jedoch weder mittel- noch langfristig dazu führen, dass die Europäische Kommission von ihrem Vorhaben ablässt, einen europaeinheitlichen Arbeitnehmerbegriff zu definieren. Der europaeinheitliche Arbeitnehmerbegriff ist die Schlussfolgerung aller bisherigen Rechtsetzungsinitiativen auf europäischer Ebene. Ihr Erlass wird der Krönungsakt des europäischen Arbeitsrechts sein, der Beginn eines neuen Zeitalters. Und auch wenn dies seitens der Europäischen Kommission bisher nicht ausdrücklich so festgestellt wird: Die Schaffung eines europaeinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs ist der Kernbestandteil der von der

Kommission verfolgten Politik der europäischen Integration im Bereich der Sozialpolitik.

- 24 Es ist deshalb illusorisch zu glauben, die Europäische Kommission werde die Ergebnisse des Diskussionsprozesses zum Grünbuch längerfristig als Maßstab für ihr weiteres Handeln nehmen. Das Gegenteil dessen wird eintreten: Gerade wegen der Komplexität und des verfolgten Ansatzes, ein grenzüberschreitendes Arbeiten erleichtern zu wollen, wird seitens der Europäischen Kommission ein Handlungsbedarf gesehen werden. In den Schlussfolgerungen zum Diskussionsprozess formuliert die Europäische Kommission zum Thema wie folgt:

„Mit der Zunahme grenzüberschreitender Dienstleistungen hat sich dieses Problem (das Fehlen eines europaeinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs) anerkanntermaßen verschärft.“

- 25 Übrigens: Der Verweis auf das in Art. 5 EG-Vertrag implementierte Subsidiaritätsprinzip, welches durch den Amsterdamer Vertrag im Jahre 1999 noch einmal erheblich verstärkt worden ist, wird die Europäische Kommission auch hier – wie in anderen Fällen bereits – nicht von Regulierungsmaßnahmen abhalten. Das Subsidiaritätsprinzip ist im Bereich der Sozialpolitik faktisch mangels Unterstützung in den europäischen Organen nur noch Gegenstand der Rechtstheorie, nicht jedoch der Rechtswirklichkeit.
- 26 Entscheidend wird es sein, die europäische Politik an die Einhaltung ihrer eigenen Vorgaben zu erinnern und sämtliche angedachten Maßnahmen daraufhin zu überprüfen, ob diese mit den vereinbarten Zielen in Einklang stehen bzw. diesen dienlich oder abträglich sind.

3. **Europäischer Arbeitnehmerbegriff mit den Lissabon-Zielen unvereinbar**

- 27 Die europäische Politik hat sich im Rahmen des sog. Lissabon-Prozesses im Bereich der Sozialpolitik der Verpflichtung verschrieben, alles zu tun, um **„mehr und bessere Beschäftigung“** innerhalb der Europäischen Union zu kreieren. Hierbei ist es nach der Zielsetzung unerheblich, ob die Beschäftigung im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt oder im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit. Die Europäische Kommission ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie die alleinige Initiativkompetenz bei Rechtsetzungsvorhaben auf europäischer Ebene besitzt, diesen Zielen verpflichtet. Alle Initiativen der Europäischen Kommission sind daran zu messen, ob sie dem klar definierten Ziel dienlich oder abträglich sind.
- 28 Mit dem im Rahmen der Lissabon-Strategie formulierten Ziel ist die Schaffung eines europaeinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs klar unvereinbar. Da es der Europäischen Kommission um die Schaffung von Konvergenz geht, würde kaum die engste in einem Mitgliedstaat geltende Defini-

tion herangezogen. Folglich wäre eine europäische Initiative zwangsläufig damit verbunden, Bereiche dem arbeitsrechtlichen Schutzbereich zuzuordnen, die diesem bisher nicht unterliegen. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des insbesondere durch europäische Richtlinien sehr stark regulierten Arbeitsrechts birgt das Risiko in sich, dass diejenigen Bereiche, in denen heute Beschäftigung ohne die entsprechende Regulierung besteht, infrage gestellt würden. Mit der Ausweitung der Regulierung würde in bestehende Vertragsverhältnisse eingegriffen und die von den Parteien ursprünglich angenommene Risikoverteilung verändert. Dies hätte zwangsläufig zur Folge, dass solche Privatrechtsverhältnisse überprüft und ggf. beendet werden müssten.

Demgegenüber fehlt es an jeglicher Gewähr dafür, dass durch eine solche Maßnahme die Lissabon-Ziele der Schaffung von mehr und besserer Beschäftigung in Europa erreicht würden.

Die Europäische Kommission stellt in ihrem Grünbuch fest, dass die Segmentierung des Arbeitsmarktes beschäftigungshemmende Wirkung haben könnte und deshalb geprüft werden müsse, wie der Segmentierung entgegengetreten werden könne. Sie misst hierbei dem traditionellen Arbeitsrecht einen Einfluss zu. Diese Analyse ist zutreffend. Erster Ansatzpunkt muss es daher sein, das arbeitsrechtliche Schutzniveau so anzupassen, dass sich die Unterschiede zwischen abhängiger Beschäftigung einerseits und unabhängiger Beschäftigung andererseits nicht mehr als Barriere auswirken. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts – und nichts anderes hätte die Schaffung eines europaeinheitlichen Arbeitnehmerbegriffs zur Folge – in seiner bisherigen Form wäre ein untaugliches Mittel zur Erreichung dieses Ziels. Es würde lediglich die bereits bestehenden Grenzen verschieben, ohne die an den Grenzen bestehenden Barrieren zu beseitigen. 29

Davon abgesehen ist zu berücksichtigen, dass es bisher keinerlei Nachweis darüber gibt, dass – abgesehen von Einzelfällen in homöopathischen Dosen – Beschäftigung außerhalb des Anwendungsbereichs des Arbeitsrechts zu nicht hinnehmbaren Zuständen führt. Wahrgenommen wird lediglich, dass das Schutzniveau solcher Beschäftigungsverhältnisse als zwangsläufige Folge der rechtlichen Zuordnung zur Selbständigkeit geringer ist als im Arbeitsverhältnis. Dies für sich gesehen rechtfertigt jedoch keine Rechtsetzungsinitiativen auf europäischer Ebene. Die europäischen Rechtsetzungsorgane und hierbei insbesondere die Europäische Kommission sollten sich insbesondere in diesem Bereich davor hüten, aufgrund von interessierten Gruppen einzeln herausgepickten Sachverhalten tätig zu werden und an den Grundfesten des europäischen Arbeitsrechts zu rütteln. 30

Dies insbesondere deshalb, weil eine Veränderung am Arbeitnehmerbegriff in besonderem Maße den hochsensiblen Wirtschaftsbereich des Produktvertriebs im Markt erschüttern könnte. Im Bereich des Vertriebs von 31

Produkten jedweder Art besteht für die Unternehmen ein strukturelles Erfordernis der erfolgsorientierten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses mit denjenigen, die in diesem Bereich tätig sind. Mit einer solchen lässt sich eine Erhöhung des bereits bestehenden Schutzniveaus kaum vereinbaren. Die potenziellen negativen Folgen einer europäischen Rechtsetzungsinitiative in diesem hoch sensiblen Bereich können kaum abgeschätzt werden. Ohne eine fundierte Folgeneinschätzung in diesem Bereich müssen europäische Rechtsetzungsinitiativen mit Blick auf die Lisbon-Ziele zwingend unterbleiben.

- 32 Von der Europäischen Kommission vielfach angesprochen wird auch der Begriff der „wirtschaftlich abhängigen Arbeit“. Bereits die Herangehensweise an das Thema legt offen, in welche Richtung eine europäische Arbeitnehmerdefinition gehen soll. Es soll nicht mehr an die konkrete Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses angeknüpft werden (Weisungsbefugnis, Eingliederung in den Betrieb), sondern eine ökonomische Sichtweise soll an die Stelle der tatbestandlichen Sichtweise treten. Dies ist brandgefährlich, da hiermit in erheblichem Maße Rechtsunsicherheit geschaffen würde. Im Übrigen ist die Anknüpfung an den Begriff der „wirtschaftlich abhängigen Arbeit“ zur Problemlösung ungeeignet. Im Wirtschaftsleben bestehen stets in jedweder Hinsicht wirtschaftliche Abhängigkeiten zwischen den beteiligten Rechtssubjekten. Hieraus ableiten zu wollen, in welchem Maße die Parteien der Rechtsverhältnisse einen besonderen gesetzlichen Schutz erfahren sollen, öffnet der Willkür Tür und Tor.
- 33 Wenn „wirtschaftlich abhängige Arbeit“ ein rechtspolitisch ungewollter Zustand ist, so sind das Arbeitsrecht oder Teile davon ungeeignete Instrumente zur Behebung oder Korrektur dieses Zustandes. Die Aktionsfelder liegen nicht im Bereich des Arbeitsrechts, sondern im Bereich des Wettbewerbs- oder Kartellrechts.
- 34 Die gegenwärtigen Entwicklungen weisen jedoch dahin, dass man sich auf Europäischer Ebene dem Thema sozialpolitisch annähern will. In einer Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29.11.2007¹ werden die Europäische Kommission und die EU-Mitgliedstaaten ersucht,
- „besondere Aufmerksamkeit der rechtlichen Situation der Selbstständigen, der Kleinunternehmer und der KMU, die durch eine starke wirtschaftliche Abhängigkeit gegenüber den Auftraggebern gekennzeichnet ist, zu widmen und gemeinsam über die geeignetsten rechtlichen Maßnahmen zur Verbesserung ihres sozialen Schutzniveaus nachzudenken“, (vgl. Ziffer 20 der Entschließung).

Das Europäische Parlament marschiert also bereits in die falsche Richtung.

1 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29.11.2007 zu gemeinsamen Grundsätzen für den Flexicurity-Ansatz [2007/2209 (INI)].

IV. Zusammenfassung

„Das Grünbuch ist tot – es lebe das Grünbuch“. So oder so ähnlich könnte die derzeitige Lage im Diskussionsprozess über ein europäisches Arbeitsrecht bezeichnet werden. Auf der einen Seite hat die Europäische Kommission nach Durchführung des Online-Konsultationsverfahrens mitteilen lassen, dass sie konkrete Rechtsetzungsinitiativen derzeit nicht plant und insbesondere auch ein Weißbuch nicht erlassen werden soll. Auf der anderen Seite hat die Kommission fünf Aspekte aus dem Diskussionsprozess herausgegriffen und mitgeteilt, dass sie, bezogen auf die einzelnen Bereiche, einen Diskussionsprozess anstoßen will, um ggf. auf Basis dessen weitere Maßnahmen zu initiieren. Hierunter befindet sich auch das Thema eines einheitlichen europäischen Arbeitnehmerbegriffs. 35

Damit wird klar, dass die Diskussion um einen europaweit einheitlichen Arbeitnehmerbegriff längst nicht beendet ist. Unter dem Begriff der **„Klarstellung des Wesens von Beschäftigungsverhältnissen“** zielt die Europäische Kommission darauf ab, ein **„besseres Verständnis“** fördern zu wollen und die **„EU-weite Zusammenarbeit“** zu erleichtern. Zuständige Sachbearbeiter der Kommission sprechen von der Notwendigkeit der Schaffung von „Konvergenz“. Da sich die Ziele der Europäischen Kommission nicht ohne europäische Regulierung erreichen lassen, ist es daher lediglich eine Frage der Zeit, bis der **„Diskussionsprozess“** in einen **„Rechtsetzungsprozess“** münden wird. 36

Auf Grundlage der Ergebnisse des Online-Konsultationsverfahrens kann die Kommission derzeit zwar schlechthin nicht initiativ tätig werden, ohne den von ihr angestoßenen und von der Arbeitgeberseite zunächst sehr kritisch betrachteten Konsultationsprozess infrage zu stellen. Es wird nun jedoch ein neuer „Diskussionsprozess“ angestoßen, um ggf. aus der Sicht der sich dann ergebenden Gefechtslage eine Rechtsetzungsinitiative zu starten. 37

Der Komplexität zum Trotz sollten die einfachen Wirkmechanismen des Arbeitsrechts, welches klassischerweise als Arbeitnehmerschutzrecht verstanden wird, nicht unberücksichtigt bleiben: Einem Mangel an Gelegenheit, abhängige Beschäftigungsverhältnisse einzugehen, kann denklogisch nur in zweierlei Hinsicht begegnet werden. Entweder bieten diejenigen, die bereits bisher abhängige Beschäftigung anbieten (Arbeitgeber) mehr derartige Beschäftigungsmöglichkeiten (Arbeitsplätze) an. Oder aber die Zahl derjenigen, die abhängige Beschäftigung anbieten, wächst. Erstgenannter Aspekt ist eher konjunkturabhängig und unterliegt nur sehr begrenzt einem Einfluss durch rechtliche Rahmenbedingungen. Einen echten Einfluss hat die Politik auf den zweitgenannten Aspekt. Das hohe Schutzniveau des Arbeitsrechts hat diesbezüglich in zweierlei Hinsicht schädliche Auswirkungen: Zum einen motiviert das hohe Schutzniveau potenziell für eine unternehmerische Tätigkeit geeignete Personen kaum dazu, eine selbständige Tätigkeit außerhalb dieses Schutzbereichs anzu- 38

streben. Zum anderen wird dann, wenn eine unternehmerische Tätigkeit verfolgt wird, die Bereitschaft, selbst in die Rechtsstellung als Arbeitgeber mit entsprechender Verantwortungsübernahme einzutreten, gehemmt. Eine Ausweitung des Schutzbereichs des Arbeitsrechts würde diesen Zustand nicht verbessern, sondern verschlechtern.

- 39 Diese einfachen Gesetzmäßigkeiten gelten auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene. Sowohl die Europäische Kommission als auch das Europäische Parlament sollten dies bei allen weiteren Initiativen im Bereich des europäischen Arbeitsrechts berücksichtigen.

B. Referat Gregor Asshoff

Das Referat von *Gregor Asshoff* lag bei Redaktionsschluss für diesen Band 40 noch nicht vor, so dass auf einen Abdruck verzichtet werden musste.

C. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 41 Ich möchte mich eingangs noch zum Arbeitnehmerbegriff äußern. Das sehr hohe Schutz- und Kostenniveau des Arbeitnehmerbegriffs hatte bei uns in Deutschland eine ganz erstaunliche Folgewirkung. Wir hatten in Deutschland bis Mitte der 60er Jahre eine Selbständigenquote von fast 30 %. Diese ist dann bis Mitte der 80er Jahre auf 7 % gesunken. Anschließend ist sie vor allem durch Druck wieder gestiegen. Das ist die sog. *push*-Hypothese der Arbeitsförderer: „Ich fordere den Arbeitslosen solange bis er sich selbständig macht und unsere Statistik entlastet.“ Das ist die Ich-AG. Daher kommen diese ständigen Ein- und Austritte. Das darf einen auch nicht verwundern. Am oberen Rand der leistungsstarken Beschäftigten entfaltet der Arbeitsmarkt eine Sogwirkung. Leistungsstarke Beschäftigte entscheiden sich eher für eine Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis als in der Selbständigkeit, weil sie Risiko und Lasten scheuen und weil der Schutz so hoch ist. Am unteren Rand, bei den Leistungsschwachen, entfaltet der Arbeitsmarkt letztlich eine Ausgrenzung, einen Auswirkeffekt. Die Leistungsschwachen sind so schwach in ihrer Grenzproduktivität, dass sie letztlich nur noch als kleine Selbständige ihre Arbeitsleistung unter vernünftigen Bedingungen am Markt produzieren können. Jetzt will ich noch gar nicht sagen, was die Lösung ist. Eigentlich ist es jedoch ein absolut widersinniger Effekt, dass wir oben die Leistungsstarken, die von ihren Fähigkeiten und Eigenschaften gut selbständig sein könnten, in den Arbeitsmarkt einsaugen und unten schieben wir die Schwachen heraus. Die Hauptursache dafür ist eben ein extrem hohes Schutzniveau mit extrem hohen Kosten. Da kann man sich einmal überlegen, ob es nicht vielleicht besser wäre, ein nicht so hohes Schutzniveau zu haben. Dann würde oben nicht so viel eingesogen und unten nicht so viel ausgestoßen werden.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 42 Diese Aussaugung ist ein Gedanke, der auch die Versicherungswirtschaft mit den zahlreichen Ein-Firmen-Vertretern betrifft. Die Sorge, die Sie hatten, war doch im Wesentlichen darauf gerichtet, dass ein Arbeitnehmerbegriff die Versicherungsvertreter einbeziehen könnte. Oder?

Dr. Sebastian Hopfner, Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland e.V.:

- 43 Es ist so: Wenn Sie bei den freien Vermittlern, die häufig für eine Firma tätig sind, nachfragen, werden Sie extreme Reaktionen hervorrufen, wenn

Sie denen sagen: „Ihr werdet künftig Arbeitnehmer sein.“ Die sind nicht begeistert, weil sich damit regelmäßig die Vergütungsstruktur fundamental ändert. Wenn man den Markt beobachtet, ist es bei uns in der Branche so, dass es relativ wenige angestellte Vertriebsleute gibt. Sehr viel wird durch Selbständige erledigt. Diese Selbständigen sind ihrerseits wiederum ein Jobmotor. Wenn das Geschäft läuft, stellen sie sehr viel ein. Das heißt, hier haben wir den klassischen Effekt, den Sie, Herr Prof. *Rieble*, gerade angesprochen haben: Wir haben Leute, die fähig sind und die sich als Vertriebler selbständig machen. Die stellen dann wiederum Leute an. Die Unternehmen mit einem Angestelltenvertrieb haben keinen großen Erfolg. Deshalb ist die Macht der Vermittler in der Tendenz eher steigend. Die wirtschaftliche Abhängigkeit oder die Abhängigkeit überhaupt von den Unternehmen führt nicht zu einem Ungleichgewicht der Machtverhältnisse. Genau das Gegenteil ist der Fall. Die Vermittler können ihrerseits zum Teil die Konditionen bzw. die Provision diktieren. Und wenn sie sagen: „Wenn Du mir das nicht bietest, dann gehe ich zu einem anderen Unternehmen und da gibt es eben bessere Provision“, besteht ein ganz starker Wettbewerb unter den Unternehmen, die besten Vertriebsleute als Selbständige überhaupt zu bekommen.

Abbo Junker:

Und der Punkt ist, die wollen nicht Arbeitnehmer sein.

44

Sebastian Hopfner:

Definitiv, unter gar keinen Umständen. Und wenn Sie den Begriff verändern, dann würden Sie automatisch auch Leute einbeziehen, die ihrerseits Mitarbeiter angestellt haben. Wie wollen Sie mit dem Sachverhalt umgehen? Das ist schwierig.

45

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich möchte auf das zurückkommen, was Herr *Asshoff* relativ am Anfang seines Vortrags gesagt hatte: die Positionierung der Verbände im Verhältnis zu Brüssel. Es geht mir dabei weniger um eine inhaltliche Frage, sondern um die Frage der Einflussnahme auf die dort tätigen Organe. Im Arbeitsrecht haben wir stets drei Akteure: den Staat auf seinen verschiedenen Ebenen, die Arbeitgeberverbände und die Gewerkschaften. Es kommt vermutlich darauf an, dass sich zwei gegen den Dritten zusammenschließen. Mal so mal so. Es ist ganz erhellend zu hören, dass die Arbeitgeberseite der Auffassung ist, vergleichsweise geringen Einfluss auf die Institutionen in Brüssel auszuüben. Ich denke, das hängt möglicherweise damit zusammen, Sie haben das ja auch gesagt, Herr *Asshoff*, dass man mögli-

46

cherweise in so eine Art Verteidigungshaltung hineingerät und Regelungen abwehren möchte. Ich glaube, dass das nicht immer die geschickteste Strategie ist, wenn man Regeln beeinflussen will. Staatliche Institutionen darin beeinflussen zu wollen, gar nichts tun, ist schwierig. Politiker, ich glaube Sie haben das einmal gesagt, Herr *Rieble*, haben im Grunde genommen zwei Möglichkeiten zu regieren: Sie können Gesetze schaffen oder sie können Geld verteilen. Wenn sie kein Geld haben, können sie nur noch Gesetze schaffen. Und derjenige, der sich auch hiergegen wendet, wird nicht unbedingt die stärksten Karten in der Diskussion haben.

Gregor Asshoff, IG Bauen-Agrar-Umwelt:

- 47 Vielleicht nutze ich einmal die Gelegenheit zu sagen: Erstens, dieses Grünbuch ist keinesfalls – soweit ich die Lage beobachten konnte, der EGB ist ja sehr groß und vielfältig – auf einen Anstoß der Gewerkschaftsseite zurückgegangen. Zu dem Zeitpunkt, zu dem diese Diskussion in der Kommission losging, hatte die Gewerkschaftsseite vielmehr den Eindruck, dass es für ihr Anliegen der falsche Zeitpunkt war. Der *Flexicurity*-Aspekt findet viel stärkere Berücksichtigung als der *Security*-Aspekt. Deshalb hatte auf Seiten der Gewerkschaften keiner ein Interesse daran, das bei der Kommission zu befördern. Wie andere staatliche Stellen auch, entwickelt die Kommission Eigendynamiken. Als klar wurde, dass man im Zuge der Lissabon-Strategie Beschäftigungsförderungsstrategien auch im Bereich des Individualarbeitsrechts vorstellen wollte, setzte natürlich der *Lobbying*-Prozess ein. Welche Seite da mit den stärkeren, größeren Mitteln ausgestattet ist, weiß ich nicht. Es ist auch fraglich, ob man das so einfach beurteilen kann. Es gibt Anwaltskanzleien in Brüssel, die im Auftrag von Unternehmensverbänden oder größeren Unternehmern das *Lobby*-Geschäft versehen. Welche Seite finanziell oder personell besser ausgestattet ist, lässt sich nicht vernünftig vergleichen. Jedenfalls bestand von unserer Seite kein Interesse an der Initiative. Aus den Stellungnahmen sowohl des EGB als auch des DGB oder der einzelnen Gewerkschaften lässt sich ablesen, dass man das in der Tat als Abwehrkampf empfunden hat. Wir wollten weniger etwas verstärken, was die Kommission noch nicht deutlich angesprochen oder gesehen hatte. Wir hatten vielmehr die Befürchtung, jedenfalls im Bereich der EU-15, dass die Kommission das nutzen will, um Deregulierungsinstrumente in Kraft zu setzen. Ob sie das kann und wie sie das kann, ist in der Tat höchst fraglich. Zu dem Abwehrkampf muss noch gesehen werden, dass es auch noch andere Formen von Druck gibt, der auf das Arbeitsrecht ausgeübt wird. Je mehr der Binnenmarkt vervollständigt wird, und damit die Konkurrenz der Mitgliedstaaten untereinander, der Arbeitsverhältnisse und natürlich der Sozialsysteme zugelassen wird, geraten die Mitgliedstaaten am stärksten unter Druck, die einen relativ hohen Sozialschutz haben. Wird in den Binnenmarkt nicht regulierend eingegriffen, haben die Arbeitgeber bzw. Unternehmer die Karten auf ihrer Seite, die eine Flexibilisierung und Deregulierung

auch in den einzelnen Mitgliedsstaaten befürworten. Dann muss die Gewerkschaftsseite aktiv werden, um auf europäischer Ebene Pflöcke zu setzen und die Sozialschutzagenda zu motivieren, tätig zu werden. Das Spiel ist relativ kompliziert, wenn man es von oben einmal betrachtet. Wie werden welche Einflüsse wo geltend gemacht und welche Auswirkungen hat das? Mitunter weiß man nämlich auch gar nicht genau, welche Auswirkungen man womit erzielt.

Abbo Junker:

Jedenfalls ist das Grünbuch offenbar nicht so ein Erfolg, dass es viele Väter und Mütter hat. Ich habe eher den Eindruck, keiner will es gewesen sein. Also Sie waren es auch nicht. Dann geht es sozusagen wieder zurück auf unsere Diskussion heute Vormittag. Ist das nicht vielleicht ein Placebo für irgendwelche Aktivitäten, die die Kommission dahinter versteckt? 48

Sebastian Hopfner:

Ich denke, da sind zwei wichtige Aspekte zu beleuchten. 49

Dieses traditionelle Bild Staat, Arbeitgeber, Gewerkschaften stimmt so nicht. Das ist schräg. In Europa haben wir einen Arbeitsmarkt, der sich demographisch bedingt verändert. Meine Branche beispielsweise ist von der demographischen Entwicklung stark getroffen, weil sie Schwierigkeiten hat, qualifizierte Arbeitskräfte zu finden. Viele andere Branchen sind in derselben Situation. Daneben haben wir natürlich Branchen, wo es anders aussieht. Das ist völlig klar. Nur müssen die Unternehmen bei ihrer Kommunikation auch auf die Arbeitnehmerinteressen Rücksicht nehmen. Die Unternehmen haben ihrerseits ein Interesse, motivierte Mitarbeiter zu haben. Sie positionieren sich deshalb auch von vornherein weit moderater als die Gewerkschaften. Die müssen keinerlei Rücksicht und keinerlei Verantwortung in dieser Hinsicht übernehmen. Und deshalb sehen wir uns in den Arbeitgeberverbänden dem Vorwurf der Weichheit ausgesetzt. Wir haben in unseren Gremien auch unterschiedliche Köpfe. Die Arbeitgeberposition beinhaltet jedoch letzten Endes immer auch eine Rücksichtnahme auf Arbeitnehmerinteressen. Schon deshalb ist es strukturell schwierig, sich bei der Europäischen Kommission durchzusetzen.

Und der weitere Aspekt ist folgender: In der europäischen Politik ist es ein ganz häufig zu beobachtendes Phänomen, dass die Europäische Kommission ein Rechtsetzungsvorhaben aufgreift, weil ein Fehler, ein drastischer Fall passiert ist. Und sei es in einer portugiesischen Hühnerzüchterfabrik. Klassisches Beispiel: EBR-Richtlinie *Renault Villevorde*. Das ist so ein Fall. Da ist einmal etwas schief gelaufen und sofort musste die Regulierungsmaschine angeworfen und eine neue Regulierung gemacht werden. Die gilt dann für alle Sachverhalte. Und genauso ist die gewerkschaftliche

Argumentationsmethode. Das hat man, glaube ich, auch am Anfang gemerkt. Die stellen sich eben hin und sagen: „Wir haben da ein Problem. Dieses und jenes ist passiert.“ Mit diesem Einzelfall haben sie sofort Zugang zur Europäischen Kommission bzw. zu dem zuständigen Sachbearbeiter. Wir haben dagegen Schwierigkeiten, unsere Front geschlossen zu halten. Die Europäische Kommission macht ganz gerne Folgendes: Wenn sie von den Arbeitgeberverbänden nicht die richtige Antwort in Bezug auf ein Rechtsetzungsvorhaben bekommt, dann fragt sie einfach die Unternehmen. Und sie werden immer ein Unternehmen finden, das vielleicht sagt: „Ach, optionaler Rahmen transnationaler Kollektivverträge, warum eigentlich nicht? Ist ja nicht so schlimm.“ Das heißt, die Europäische Kommission kann viel leichter unsere Deckung durchdringen. Das hat natürlich Auswirkungen auf die Art und Weise, wie wir unsere Interessen durchsetzen. Ich muss ganz offen sagen, ein Politiker hat meines Erachtens schon mehr Möglichkeiten als Geld zu verteilen und Gesetze zu machen. Er kann nämlich auch Gesetze abschaffen. Es gibt ja die Rechtsetzungsinitiative *Verheugen* „*Better Regulation*“. Man möchte alle europäischen Regularien auf den Prüfstand stellen und was meinen Sie, wie die 30.000 Beamten zu tun hätten, wenn sie diesen Auftrag ernst nehmen würden. Folge ist aber, dass das Kabinett von Herrn *Verheugen* macht, was es will. Und die darunter hängenden höchsten Ministerialbeamten bei der Europäischen Kommission sagen, das sei sowieso alles Quatsch. So kann man das ganz kurz zusammenfassen. Deregulierung ist auch eine Aufgabe, der sich die Politik eigentlich einmal annehmen könnte. Wenn sie wollte.

Matthias Rohrmann, Arbeitgeberverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister:

- 50 Obwohl wir solche Beschäftigungsverhältnisse bei der Bahn nicht haben, fand ich den Gedanken mit dem Betonmischfahrer sehr interessant. Vielleicht kann man ja für Lokführer einmal überlegen, ob die nicht auch in einem ähnlichen Verhältnis beschäftigt werden können. Nein, ernsthaft: Herr *Hopfner*, was ich bei Ihnen sehr spannend gefunden habe, ist, dass Sie uns noch einmal berichtet haben, wie die Vorgänge in der Kommission gewesen sind. Ich muss aber sagen, fremd kommt mir das nicht vor. Ich denke z.B. an die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien hier in Deutschland. Wie man sich zwischen den Ministerien hier teilweise gestritten hat, ist das Geschehen auf nationaler Ebene dem von Ihnen Geschilderten gar nicht so unähnlich. Einen ganz wichtigen Punkt haben Sie am Rande angesprochen: Den sozialen Dialog und welche Themen eigentlich dahin gehören. Vielleicht können Sie dazu noch einmal etwas sagen. Gerade die von Ihnen angesprochene Richtlinie zu den Europäischen Betriebsräten ist so ein Beispiel, wo sich genau das Befürchtete anzubahnen scheint.

Noch einmal eine Frage an Sie, Herr *Asshoff*: Ganz deutlich ist es für mich nicht geworden, ob Sie dafür sind, dass es so ein Grünbuch gibt, oder nicht. Ich habe Ihrem Vortrag entnommen, dass Sie sehr wohl gerne eine Definition des Arbeitnehmerbegriffes auf europäischer Ebene hätten, damit auch die Fälle nach Ihrer Auffassung eingefangen werden, die sie zitiert haben und deren Einordnung fraglich sind. Das nährt natürlich genau die Befürchtung der Arbeitgeberseite, dass die Definition des Arbeitnehmerbegriffs das eigentliche Ziel sein könnte. Das, was auf nationaler Ebene durch Rechtsprechung anders gefestigt ist, versucht man auf die europäische Ebene zu ziehen. Dadurch könnten Tatsachen geschaffen werden, die man auf nationaler Ebene nicht hinbekommt. Ich bringe das einmal etwas überspitzt auf den Punkt, um die Diskussion an dieser Stelle zu beleben.

Gregor Asshoff:

Ziel meines Vortrags war zunächst zu sagen, dass es hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffes ein gemeinsames Interesse geben muss. Für die Arbeitnehmer- wie auch Arbeitgeberseite soll möglichst viel Klarheit entstehen. Es sollte auch aus demokratischen Gesichtspunkten heraus ein Interesse daran geben, dass die wesentliche Grundentscheidung nicht durch die Gerichte erfolgt. Das gilt sowohl im nationalen Bereich wie auch im europäischen Bereich. Denn auch da steht in den meisten Richtlinien oder auch z.B. in Art. 39 EG-Vertrag eben nur drin, „Arbeitnehmer“. Aber wer ein Arbeitnehmer ist, ist komplett der Rechtsprechung des EuGH überlassen, der diesen Begriff z.B. in Art. 39 autonom auslegt. Mein erstes Ziel war, darauf hinzuweisen, dass wir eine solche Grundnorm des gesamten Systems nicht ausschließlich einer fallorientierten Rechtsprechung überlassen können. Sowohl aus demokratischen Gesichtspunkten als auch aus dem Gesichtspunkt heraus, dass es sowohl für die Arbeitnehmer wie für den Arbeitnehmerschutz ineffizient ist. Das gilt auch für die Kostenstrukturen auf Arbeitgeberseite. Der zweite Aspekt, den man vom ersten zunächst einmal völlig trennen kann, betrifft die wirtschaftlich Abhängigen und die damit verbundene Grenzziehung. Wo ziehen wir die Grenze zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen? Das ist aber ein zweiter Aspekt. Da habe ich politisch dafür plädiert, dass wirtschaftlich Abhängige grundsätzlich jedenfalls eher dem Arbeitnehmerbegriff zugeordnet werden sollten als dem Selbständigen. Meines Erachtens kann man diese beiden Dinge völlig voneinander trennen. Noch einmal zu dem zweiten Punkt: Es war auch ein Plädoyer dafür zu überlegen, ob es nicht auch Sektoren mit grenzüberschreitenden Tätigkeiten gibt. Im Dienstleistungsbereich, wo Arbeitnehmer tatsächlich über die Grenze gehen, haben wir eine ganz andere Situation als in Ihrem Bereich der Versicherungswirtschaft, in dem aufgrund der nationalen Regularien gar keine bzw. nur wenige grenzüberschreitende Produkte angeboten werden können. Der Dienstleistungsbe- 51
reich bietet dann für den europäischen Gesetzgeber den Anlass, tätig zu

werden. Vor diesem Hintergrund ist das Unterfangen der Kommission nicht besonders sinnvoll. Sie geht nämlich breit gestreut vor. Eigentlich kann sie vor lauter Bäumen keinen Wald mehr sehen. Kehrt die Kommission nicht auf den Weg „*small is beautiful*“ zurück, konzentriert sich auf Problemsektoren und organisiert dort den Dialog, wird sie keinen Erfolg haben. Aber vielleicht ist es auch nicht gewollt, Erfolge zu haben.

Sebastian Hopfner:

- 52 Zunächst einmal: Es fällt mir auf, dass Herr *Asshoff* zum Thema des sozialen Dialogs gar nichts sagt, anders als gestern Abend. Da haben Sie mir gesagt, dass es ein trauriges Schauspiel sei. Der soziale Dialog wird derzeit regelrecht bekämpft. Und zwar zum einen vom Europäischen Parlament, das den Mechanismus, den ich ja aufgezeigt habe, nicht einsehen möchte. Man sieht nicht ein, dass das Parlament außen vor sein soll, wenn die Sozialpartner die Initiative aufgreifen. Das wird also bekämpft. Zum anderen stellen die Gewerkschaften aber auch fest, dass sie über den sozialen Dialog nicht das erreichen, was sie gern erreichen wollen. Es gibt eine Reihe von Sozialpartnervereinbarungen, die geschaffen worden ist. Stress am Arbeitsplatz ist die jüngste nennenswerte. Es sind meistens Regelungen, die keinen echten Umsetzungsakt im Detail vorschreiben, sondern dem Unternehmen weitestgehende Umsetzungsspielräume belassen. Und dann wird nach drei, vier Jahren einmal geschaut, was passiert ist. Die Gewerkschaften beklagen, aus ihrer Sicht passiere zu wenig. Was machen die Gewerkschaften, die ja Teil des sozialen Dialogs sind? Sie weichen wiederum aus, brechen aus dem Sozialdialog aus, lehnen es auch ab, über Dinge zu verhandeln und gehen dann direkt zur Europäischen Kommission und sagen: „Macht das mal hier ohne Sozialdialog direkt im Rechtssetzungsverfahren.“ Der Sozialdialog wird also auf der einen Seite vom Parlament und auf der anderen Seite auch von der Gewerkschaftsseite sehr kritisch betrachtet. Aber auch intern auf Unternehmensseite wird der Sozialdialog nicht gerade mit „Hurraschreien“ verfolgt. Man hat einfach immer viel zu viele Befürchtungen, Ängste und Sorgen, es würden irgendwelche, ganz dramatischen Dinge geregelt. Es bedarf aber auch hier der Unterschrift beider Seiten. Ich könnte mir daher schon mehr vorstellen als letzten Endes gemacht wird. Denn, und da kann ich wieder zurückkehren zu dem, was ich eingangs gesagt habe, ich meine, dass unsere Rechtssetzung viel zu wenig die Spezifika der einzelnen Branchen berücksichtigt. Dass eine 48-Stunden-Woche als maximale Arbeitszeit aus Gesundheitsschutzgründen im Baubereich festgeschrieben wird, ist mir völlig klar. Wenn ich Steine aus der ersten in die zweite Etage hochwerfe per Hand, kann ich das nicht länger als 48 Stunden machen – wenn überhaupt. Nun die Versicherungswirtschaft einmal als Beispiel: warme Büros, in denen gegebenenfalls sogar Kekse zur Steigerung der Mitarbeitermotivation gereicht werden. Da ist natürlich die Frage, ob man die 48-Stunden-Woche wirklich braucht. Und deshalb meine ich, dass wir vielleicht den sektoralen sozia-

len Dialog stärker nutzen könnten als wir es bisher tun. Das als Schlusswort meinerseits.

§ 4 Referenzrahmen eines „European Labour Contract“

Rn.

A. Referat Michael Stein	1
B. Diskussion	27

A. Referat Michael Stein*

- 1 Wir haben uns heute aus unterschiedlichen Blickwinkeln damit beschäftigt, die weitere Entwicklung des Europäischen Arbeitsrechts unter die Lupe zu nehmen. Ich möchte mit meinen Überlegungen zu einem **Referenzrahmen eines „European Labour Contract“** – wie ich es als Arbeitstitel nenne – einmal einen neuen und vielleicht auch provokativen Ansatz zur Diskussion stellen. Lassen Sie mich zuvor kurz die Problemlage aus Unternehmenssicht umreißen.
- 2 Die Aktivitäten der **Unternehmen** werden immer **internationaler**. Das gilt nicht nur für die großen Unternehmen, sondern auch für die sog. KMUs, das Rückgrat unserer Wirtschaft. Grenzüberschreitende Maßnahmen, Umstrukturierungen, Kostensenkungen durch weltweite Rationalisierungen sind die Stichworte. Dazu kommen immer stärker die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Personalprozesse sowie eine Zunahme der Mobilität von Arbeitnehmern, insbesondere von Führungskräften und Spezialisten.
- 3 Dem gegenüber stehen **heterogene nationale Arbeitsrechts-, Arbeitsmarkt- und Sozialsysteme in Europa** – wenn wir unseren Fokus einmal darauf beschränken – die z.T. auf grundlegend unterschiedlichen wirtschaftlichen und sozialen Traditionen basieren. Die Unterschiede zwischen den EU-Staaten sind sehr viel größer als z.B. zwischen den US-Bundesstaaten, deren Gesetze auf einem einheitlichen Grundansatz, der britischen Tradition, beruhen.
- 4 Für international ausgerichtete und agierende Unternehmen impliziert dies einen hohen Kostenaufwand beim Management der Schnittstellen, Grenzen bei der Standardisierung von Personalprozessen und Hindernisse bei der transnationalen Mobilität der Arbeitnehmer. Bei der Deutschen Bank sind ständig 400-500 Mitarbeiter allein in Europa grenzüberschreitend im Einsatz; ein eigener Bereich der Personalabteilung versucht die damit verbundenen Anforderungen und Probleme zu lösen, die angesichts der EU-Erweiterung eher mehr denn weniger werden. Und es geht nicht nur um steuerliche Fragen wie z.B. Nichtanerkennung einer nachgelagerten Versteuerung von Beiträgen zu einer Direktversicherung, sozialversicherungsrechtliche Probleme, die zum Teil durch eine parallele Weiterversicherung im Heimatland gelöst werden müssen, um Nachteile für den Mitarbeiter zu vermeiden. Es geht auch um unterschiedliche gesetzliche Urlaubsansprüche und Regelungen zur Urlaubsentgeltberechnung, länderspezifisch differenzierte Zuschlags- und Sonderleistungsregelungen sowie Regelungen zu Kündigungsfristen und deren Berechnung, um nur einige Fragen zu nennen. Das alles kostet Zeit und Geld.

* Michael Stein, Leiter Tarifpolitik, Deutsche Bank AG.

Ist damit die **Harmonisierung des Arbeits- und Sozialrechts in Europa** die Lösung und dringend erforderlich? Ich sage: „**Nein**“! – und zwar aus mehreren Gründen.

Die EU hat gemäß **Art. 137 EGV** die Kompetenz, Mindeststandards in bestimmten Bereichen des Arbeits- und Sozialrechts zu setzen. Diese dürfen dann von den Mitgliedsstaaten zwar nicht unter-, wohl aber überschritten werden. Entsprechend werden die EU-Richtlinien von Land zu Land unterschiedlich umgesetzt. Wir haben als „lebendiges Beispiel“ hierfür noch alle die Diskussion in Deutschland rund um die „übermäßige“ Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien im AGG in Erinnerung, die nunmehr zu allem Überfluss von der Kommission auch noch als ein Argument für die Notwendigkeit einer neuen Richtlinie mit weiteren Antidiskriminierungsregelungen bemüht wird. 5

Das EU-Recht ist aus diesem Grund nicht in der Lage, im Bereich der Sozialpolitik eine Vollharmonisierung herbeizuführen oder nationale Sozialstandards abzusenken. Eine Deregulierung über die EU ist auf der Grundlage des gegenwärtigen EG-Vertrags nicht möglich.

Andererseits hat das EU-Recht mit den Richtlinien zum **Europäischen Betriebsrat** und zur **Europäischen Aktiengesellschaft (SE)** transnationale Foren geschaffen, die von den Unternehmen zunehmend als Gesprächs- und Vereinbarungspartner bei transnationalen Umstrukturierungsprozessen genutzt werden. Neueste Beispiele finden wir bei BASF und Porsche. Und nehmen wir ruhig zur Kenntnis: Die langjährige Praxis mit diesen europäischen Foren hat natürlich auch zu einem intensiven **Austausch von Detailinformationen der Arbeitsbedingungen in den verschiedenen Ländern** beigetragen. Die Arbeitnehmervertreter haben inzwischen einen guten Über- und Einblick in die Arbeitsbedingungen der Nachbarländer. Dadurch wachsen natürlich auch **Wünsche** – und werden in zunehmendem Maße auch geäußert. 6

Beim **Grünbuch Arbeitsrecht** – das haben wir heute schon ausführlich behandelt – geht es um die breitere Frage nach der Sinnhaftigkeit einer europaweiten Vereinheitlichung der Regulierung von sozialpolitischen Bereichen wie insbesondere dem Arbeitsschutz, dem Arbeitsvertragsrecht, dem Kündigungsschutz, der Information und Konsultation, der Zuwanderung und dem Zugang zum Arbeitsmarkt und der Sozialversicherung. Auch wenn der offensichtliche Verzicht von Kommissar *Spidla* auf die angekündigte 2. Mitteilung vermuten lässt, dass wir vorerst keine Richtlinie Arbeitsrecht zu gewärtigen haben, so bleibt die Brisanz. Denn die hinter dem Grünbuch Arbeitsrecht stehenden **Einzelthemen** werden nach meiner Überzeugung **weiter auf der Agenda** der Kommission bleiben. 7

Eine weitergehende **EU-weite Regulierung der Sozialpolitik** würde faktisch die restriktivsten Elemente der nationalen Regulierungen kumulieren – man könnte auch *cherry-picking* sagen – und damit im Ergebnis große Nachteile für die Unternehmen bringen. Sie ist daher abzulehnen. 8

Zudem gingen Vorteile aus der **vorhandenen Vielfalt verloren**, für Unternehmen wie auch Arbeitnehmer – und auch für die Regionen.

- 9 Andererseits – und das sind ganz **praktische Überlegungen** der Unternehmen – hätte eine Vereinheitlichung den Vorteil, dass sie eine Standardisierung und damit Kostensenkung der Personalprozesse erleichtern und Hindernisse bei der Mobilität der Arbeitnehmer beseitigen würde. Also doch ein richtiger Ansatz?
- 10 Beim **optionalen Rahmen für transnationale Kollektivverhandlungen** geht es im Kern um die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines europaweiten optionalen Rechtsrahmens zur Vereinbarung und Umsetzung grenzüberschreitender Kollektivvereinbarungen. Voraussetzung für die Wirksamkeit und den Nutzen eines solchen Rahmens wäre, dass seine Anwendung die Unternehmen bzw. Sozialpartner von der Anwendung der verschiedenen nationalen Regeln befreien könnte.
- 11 Dagegen spricht allerdings, dass aufgrund der politischen Dynamik ein solcher Rechtsrahmen widersprüchliche und restriktive Elemente aus allen nationalen Systemen des kollektiven Arbeitsrechts enthalten und somit zu einem **bürokratischen Monstrum** werden würde. Er könnte zudem die Unternehmen voraussichtlich nicht von deren Verpflichtungen gegenüber den nationalen Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen befreien, weil dies die Anpassung der nationalen Rechtssituation erfordern würde. So ist es z.B. kaum vorstellbar, dass der französische Arbeitnehmer freiwillig auf sein verfassungsrechtlich verbürgtes Streikrecht zugunsten einer europäischen Kollektivregelung verzichten wird, gar wenn darin deutsche oder englische Ansätze enthalten wären. Damit würde der europäische Rahmen für transnationale Kollektivverhandlungen nur eine **weitere Regulierungsebene** schaffen, die für die Unternehmen mit einer **Erhöhung der Kosten und der Komplexität** verbunden wäre.
- 12 Positiv zu werten wäre, wenn ein solcher optionaler Rahmen den Unternehmen ebenso wie im Gesellschaftsrecht die SE es ermöglichen würde, die Information und Konsultation der Arbeitnehmer z.B. bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen nur noch über das eine Gremium, den EBR oder die Arbeitnehmervertretung im Rahmen einer SE, abzuwickeln.
- 13 Die neue Vertriebsstruktur für Europa z.B. würde dann nur noch mit dem Europäischen Betriebsrat behandelt und vereinbart, mit der Folge, dass dies auch Bindungswirkung für die nationalen Arbeitnehmervertretungen erzeugt und dort keine weiteren Verhandlungen und Vereinbarungen nötig sind. Das würde viel Zeit und Aufwand ersparen, denkt man an die heutige Situation: Behandlung im Wirtschaftsausschuss, im Gesamt- und/oder Konzernbetriebsrat und im Europäischen Betriebsrat, ggf. auch noch im Sprecherausschuss.
- 14 **Politisch** wie praktisch sehe ich hierfür aber **nur geringe Chancen**. Denn hierfür fehlt nicht nur die rechtliche Vernetzung der europäischen

mit der nationalen Ebene. Die Praxis zeigt auch die fehlende Bereitschaft der EBR-Mitglieder, diese Verantwortung zu übernehmen; ein Grund dürfte in der oft recht heterogenen Zusammensetzung der EBRs liegen, mit – nur als Beispiel – gewählten Arbeitnehmern des Unternehmens wie in Deutschland und gesetzten externen Gewerkschaftsfunktionären wie in Italien.

Die neuesten **Überlegungen zur Revision der EBR-Richtlinie** klammern ebenfalls diesen Aspekt aus. Denn: dafür müssten die Gewerkschaften und betrieblichen Arbeitnehmervertretungen in den EU-Ländern einen Großteil ihrer heutigen Rechte und ihres Einflusses aufgeben. Andernfalls – und das ist das große und ungelöste Problem des optionalen Rahmens für transnationale Kollektivverhandlungen wie auch der geplanten Erweiterung der Rechte des EBR – würden die **Unternehmen** neben weiterer Bürokratie in der Praxis u.U. auch noch der Situation diametral **gegenläufiger Entscheidungen der Arbeitnehmervertreter auf europäischer und nationaler Ebene ausgesetzt** – mit der ebenso gewissen wie untragbaren Folge, das, was auch immer das Unternehmen als Folge unternimmt, garantiert in eine Richtung falsch ist und sanktioniert werden kann. 15

Was auf der kollektiven Ebene wenig sinnvoll und erreichbar erscheint, könnte aber auf der arbeitsvertraglichen, also der individualrechtlichen Ebene eine Lösung darstellen, und zwar eine europäische. Damit bin ich bei der **Idee eines European Labour Contract, eines Europäischen Arbeitsvertrages**. 16

Vorab, um Missverständnissen vorzubeugen: Es geht nicht um Gleichmacherei. Im Gegenteil. Wir sollten die **Unterschiedlichkeit in Europa** nicht länger als zu beseitigendes Hindernis, sondern **als Stärke begreifen**. Denn sie schafft wettbewerbliche Chancen, für Unternehmen, Arbeitnehmer und Regionen. Eine übertriebene, nahezu krampfhaft Harmonisierung, nur um ein vereintes Europa in jeglicher Hinsicht zu demonstrieren, wirkt eher kontraproduktiv. Sie wäre ohnehin nur auf einem sehr hohen Niveau möglich, mit allen negativen Konsequenzen für die Wettbewerbsfähigkeit der EU bzw. einzelne Regionen. 17

M.E. kann europäisch Denken und Handeln bedeuten, das eine zu tun, ohne das andere zu lassen. Was meine ich damit? 18

Belassen wir doch den Ländern ihre arbeitsrechtliche Eigenständigkeit und Unterschiedlichkeit, allemal dort, wo es um zwingendes Recht geht. Setzen wir doch dort an, wo wir einen wirklichen Nutzen kreieren können. Für diejenigen Unternehmen und Arbeitnehmer, die europäisch agieren wollen und die die zu unterschiedliche, diverse arbeitsrechtliche Situation als hinderlich ansehen. Für sie könnte – als **Option** – eine eigene **europäische Plattform in Gestalt eines European Labour Contract** zur Verfügung gestellt werden. Für alle anderen, die nur regional begrenzt

agieren, wäre alles andere wenig verständlich – und ggf. sogar eher schädlich.

- 19 **Wesentliche Kennzeichen** des *European Labour Contract*: **optional**, also **freiwillig** wählbar. Eine **EU-Verordnung als Rahmenregelung mit Gestaltungsoptionen** bildet die rechtliche Grundlage. Ähnlich dem Grundgedanken der Europäischen Aktiengesellschaft SE können Unternehmen und Arbeitnehmer im gesetzten Rahmen eigenverantwortlich gestalten, einmal und einheitlich für alle Länder und verbindlich in der gesamten EU. Wir geben damit den Unternehmen ein Instrument an die Hand, einheitliche Arbeits(vertrags)bedingungen im Unternehmen zu schaffen, ggf. auch nur für bestimmte Arbeitnehmergruppen, die europaweit mobil eingesetzt werden sollen. Hierauf sollte m.E. der Fokus gelegt werden. Das sind z.B. Manager oder Fachspezialisten, die schnell und unkompliziert ihre Stand- und Einsatzorte wechseln können sollten. Für diese sollte es möglich sein, eine europaweit gültige Vertragsgrundlage zu schaffen.
- 20 Dem Arbeitnehmer in Bratislava hingegen ist im Zweifel wenig geholfen, wenn seine Arbeitsbedingungen auf einen europäisch einheitlichen Standard und ein einheitliches Niveau angehoben werden. Er stünde sich dann zwar u.U. gleich mit den Kollegen in Deutschland, Frankreich oder Italien, aber nur in der Theorie. In der Praxis wäre sein Arbeitsplatz längst in eine neue und – aus Unternehmenssicht attraktivere – *off-shoring*-Region „ausgewandert“.
- 21 Inhaltlich sollte die **Plattform** innerhalb eines abzusteckenden Referenzrahmens eine europaweit einheitliche Regelung oder die **Chance zur freien Optierung für bestimmte arbeitsvertragliche Grundlagen**, also Begründung, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses, bieten. Dazu gehören wesentliche Arbeitsbedingungen wie z.B. Vergütung, Arbeitszeit, Urlaub, Krankheit, Lohnfortzahlung, Kündigungsfristen etc. Die **Nachweisrichtlinie** kann hier eine gewisse **Orientierung** dafür geben, was innerhalb des Referenzrahmens frei geregelt werden kann oder sollte, die Praxis steuert die dringlichsten Themen bei. Die Nachweisrichtlinie könnte z.B. **um einen Optionsteil erweitert** werden. Man könnte mit praktischen Punkten anfangen wie Arbeitszeitfragen, Versetzung, unkomplizierter konzernweiter grenzüberschreitender Arbeitnehmerverleih. Aber auch Fragen der Leistungsbeurteilung der Arbeit in internationalen Teams, zur Weiterbildung und zum lebenslangen Lernen, insbesondere zum Eigenengagement des Arbeitnehmers, sowie die Themen Urlaub und Vertretung sind geeignet. Den Praktikern unter Ihnen werden noch eine ganze Reihe weiterer Themen einfallen, ich will es aber im Moment einfach einmal bei dieser Aufzählung belassen.
- 22 Auf der Wunschliste dessen, was in die Gestaltungsmöglichkeiten eines solchen Referenzrahmens gehört, stehen damit natürlich auch eine europaweit geltende Regelung der **Sozialversicherung** – entweder über eine

neu zu schaffende **EUSV** oder über eine Option für bestimmte, bereits bestehende **SV-Formen** oder Anbieter, eine unternehmens- und europaweit gültige Arbeitserlaubnis und – wahrscheinlich eher doch nur ein Traum – eine einheitliche Besteuerung.

Ganz sicher sollte aber der **Flexicurity-Gedanke** dazu gehören, der bislang auf der individualrechtlichen Ebene nur unzureichend bis gar nicht ausgeprägt ist und der jetzt auf der europäischen Ebene in der richtigen Richtung diskutiert wird. 23

Zu klären ist in diesem Zusammenhang, inwieweit nur individualrechtliche Aspekte oder auch **kollektivrechtliche Fragen** auf die Plattform gehören. Die Regelung der Arbeitsbedingungen bzw. des Arbeitsvertrags wird erfahrungsgemäß in einem hohen Maß von kollektivrechtlichen Regelungen, insbesondere Tarifverträgen, bestimmt. Hier Gestaltungsspielräume zu geben, heißt zugleich auch, ggf. neue Rechte den Tarif- bzw. Betriebsparteien zuzuweisen. Denn eine völlig freie inhaltliche Ausgestaltung des Rahmens ohne Beteiligung von Betriebsrat oder Gewerkschaft dürfte schon politisch kaum durchsetzbar sein. Damit stellt sich die knifflige Frage, einen kollektiven Aspekt zur Ausfüllung des Rahmens zu finden, der nicht zugleich auch Einfallstor für transnationale Kollektivverhandlungen im Sinne der Initiative der EU-Kommission darstellt. Oder gar Wasser auf die Mühlen der Protektoren einer Revision der EBR-Richtlinie gießt. Daher wird der Rahmen bei kollektivrechtlichen Bezügen nur sehr eng ausfallen können, allenfalls im Sinne einer Optierung für, nicht aber Gestaltung von Arbeitsbedingungen. 24

Sie sehen, die Thematik ist sehr komplex. Bislang handelt es sich bei dem *European Labour Contract* noch eher um eine Vision. Die Vorteile dieser Idee für die betriebliche Praxis – und die Chancen für die Politik – halten aber im Bann: Statt einer zwangsweisen Harmonisierung, die im Zweifel auf höchstem Niveau – wenn überhaupt – stattfinden würde, bieten sie in kleiner und handlicher Form – und damit eher realisierbar – eine Option, ein 28. Regime, wie man zu diesem Ansatz wohl in Brüssel sagen würde. Es werden nicht alle verpflichtet, aber alle haben die Chance. Statt Kompromisslösungen zu kreieren, kann etwas Europäisches geschaffen werden – und diesmal von der Arbeitgeberseite angestoßen. Am Ende entscheidet der Markt. Wie bei der SE, wo anfänglicher Zurückhaltung und Skepsis nun gerade in jüngerer Zeit zunehmende Dynamik folgt. 25

Ich habe diesen Gedanken schon im Frühjahr des Jahres in die öffentliche Anhörung der EU-Kommission zum Grünbuch Arbeitsrecht als alternativen Ansatz eingebracht – und prompt einen Aha-Effekt erzielt. *Paul Cullen* von der Generaldirektion *Employment, Social Affairs and Equal Opportunities* meldete sich, wir hatten inzwischen einen interessanten Gedankenaustausch. Der Vorschlag eines *European Labour Contract* habe konstruktiv aus dem Einerlei der Kritik und Ablehnung gegenüber dem Grünbuch herausgeragt, so dass man sich damit beschäftigt habe und 26

mehr darüber erfahren will. Wir haben gemeinsam festgestellt, dass es zu dieser Idee noch viele offene Punkte und Fragen gibt, die zu diskutieren und zu klären sind, bevor daraus ein ernst zu nehmender Ansatz wird. Aber der Virus ist bei *Cullen* gesetzt, das war zu spüren. Ich hoffe, das ist mir auch bei Ihnen gelungen, zumindest für die offene Diskussion dieser Idee. Damit hätte ich dann mein heutiges Ziel erreicht.

B. Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

Vielen Dank Herr *Stein* für diesen sehr inspirierenden Vortrag. Das war 27
einmal etwas Originelles. Sie werden mir zustimmen, dass die Idee ir-
gendwo in der Luft liegt zu sagen, für die meisten Arbeitnehmerinnen und
Arbeitnehmer gilt: „*all business is local*“. Da können die Mitgliedstaaten
das Arbeitsrecht regulieren und wir schaffen eben für so einen kleinen
Kreis international hoch mobiler oder jedenfalls grenzüberschreitend ein-
gesetzter Führungskräfte die Möglichkeit eines optionalen Referenzrah-
mens. Der setzt sich dann allerdings, und das ist neben der Frage nach der
Verordnungsermächtigung einer der Knackpunkte, über das nationale
Recht hinweg.

Professor Dr. Hansjörg Otto, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich habe eine ganz konkrete Frage: Optional hinsichtlich des Ja oder 28
Nein? Oder bezieht sich das auch auf Inhalte? Wenn ich mir vorstelle,
man debattiert, wie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geregelt sein
soll, drei Wochen, vier Wochen, sechs Wochen, acht Wochen. Stellen Sie
sich das so vor, dass darin beispielsweise vier Wochen stehen sollen, und
das ist dann der Vertrag? Oder soll auch im Rahmen dieses Gebildes ver-
handelt werden? Dasselbe würde auch etwa für Kündigungsfristen gelten.
Aber ich muss das ja nicht weiter ausführen.

Michael Stein, Deutsche Bank AG:

Wenn ich darauf eine so feste Antwort hätte, hätte ich schon einen Gesetz- 29
entwurf geschrieben und in Brüssel eingeworfen. Ich habe bisher noch
keine tiefer gehenden Vorstellungen dazu. Es ist einfach die Vision, die
Überlegung bei der ganzen Sache: Wenn man mehrere Dinge nicht auf ei-
nen gemeinsamen Nenner bekommen kann, schaffe ich vielleicht eine ge-
meinsame Lösung auf einer anderen Ebene. Der Ansatz kommt aus der
betrieblichen Arbeit mit Betriebsräten oder aus der Tarifpolitik. Letztlich
hat man das so mit der Europäischen Aktiengesellschaft gemacht. Man hat
versucht, einen gemeinsamen Nenner auf einer anderen Ebene zu finden.
Wie viel Gestaltungsfreiheit Sie jetzt auf diese Plattform geben, ist erst
einmal auch eine politische Frage. Was ich versucht habe ist, einfach nur
einmal aufzuzeigen, über welche Möglichkeiten man sprechen kann und
sprechen sollte. Und es stellt sich auch die Frage, wie viel Freiheit man
den Unternehmen gibt. Wenn Unternehmen und Arbeitnehmer das wol-
len, stellt sich zum dritten die Frage, was eigentlich darin enthalten sein

soll. Das kann durchaus zu einer „*cherry-picking-Veranstaltung*“ führen. Wir wollen englisches Kündigungsrecht, wir wollen deutsches Sozialversicherungsrecht, wir wollen italienische Arbeitszeit etc. Ob man so viel Freiheit gibt, ist von mir noch nicht bis zum Ende gedacht. Das sind jedoch letztendlich die zu lösenden Probleme.

Abbo Junker:

- 30 Das ist ein Betätigungsfeld für Bedenkenträger, zu denen ich mich durchaus hier auch zählen würde. Denn Herr *Otto* hat ja im Grunde nur eine Spitze des Eisbergs angesprochen. Herr *Otto*, bei Entgeltfortzahlung liegt es sozusagen auf der Hand. Die meisten Regelungen von solchen Verträgen unterliegen heute der AGB-Kontrolle in Deutschland. Und wenn man Versetzungsklauseln hat, wenn man Freiwilligkeitsklauseln hat, Leistungszulagen und anderes, bedarf es, da bin ich ganz bei Ihnen, Herr *Otto*, schon eines erheblichen Abstraktionsvermögens, um sich vorzustellen, unter bestimmten Voraussetzungen können bestimmte Arbeitsvertragsparteien sagen: „Das interessiert uns alles gar nicht. Wir machen unser eigenes Ding, losgelöst vom nationalen deutschen Recht.“ Das ist so ein bisschen das, was wir im internationalen Handelsrecht als *lex mercatoria* haben. Können die Parteien sagen, der Vertrag unterliegt dem Recht keines einzigen Staates, sondern einem eben wie auch immer zusammengesetzten und von wem auch immer gegebenen internationalen Einheitsrecht?

Professor Dr. Sebastian Krebber, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

- 31 Wenn ich das richtig verstanden habe, müsste man das systematisch in europarechtlichen Kategorien wohl der Arbeitnehmerfreizügigkeit zuordnen. Die spricht diese Frage eines eigenen materiellen Arbeitsrechts bislang nicht an. Sie regelt den Zugang, sie regelt die Gleichbehandlung und sie regelt die Koordinierung des Sozialrechts. Vielleicht könnte man dort die Verordnungsermächtigung finden. Ich habe mir das jetzt auch nicht angeschaut.

Ihr Vorschlag ist nicht für den Entbeiner gedacht, der durch Europa reist. Das ist doch eine andere Sache, so habe ich Sie jedenfalls verstanden. Gemeint sind mehr die Nadelstreifenträger. Meine Frage ist, auch wenn Sie es nicht so meinen: Dabei handelt es sich ja eher um die Leute, mit denen Sie beruflich zu tun haben, die Sie herumschicken. Wo stoßen die sich denn überhaupt momentan an unterschiedlichen Arbeitsrechten? Das sind ja, egal wie unterschiedlich sie sein mögen, immer nur Mindestarbeitsbedingungen. Da habe ich mir immer vorgestellt, vielleicht ist es auch eine völlig naive Vorstellung, dass gerade die Deutsche Bank weit über diesen Mindestarbeitsbedingungen schwebt. Dann ist doch vielleicht schon allein

durch die vertragliche Ausgestaltung im Kern dieses sich verselbständigende Arbeitsrecht zu einem gewissen Maße Realität. Aber vielleicht liege ich völlig daneben.

Michael Stein:

Den Entbeiner würde ich zunächst einmal gar nicht ausklammern wollen, wenn das eine Arbeitnehmergruppe ist, die in hohem Grade mobil innerhalb Europas eingesetzt werden soll. Wobei ich in erster Linie solche Arbeitnehmergruppen im Auge hatte, die eben nicht wie Handelsreisende täglich woanders sind, sondern die schon für eine gewisse Zeit vor Ort sind. Sie müssen allerdings nicht wie der typische Deutsche für 20 oder 30 Jahre an einem Ort arbeiten. Man kann natürlich – aber da will ich ein bisschen Wasser in den Wein gießen – viel mit Geld machen, aber nicht alles. Wenn ich unsere Arbeitsverträge für die Leute anschau, die innerhalb Europas eingesetzt werden, kann ich Folgendes festhalten: Erstens sind die ellenlang, weil alles darin geregelt werden muss, mehr oder weniger für alle Eventualitäten. Und, was noch sehr viel entscheidender ist, der feste Text in diesem Musterarbeitsvertrag ist der geringere Teil. Der variable ist der größere. Man muss ständig an die Einsatzortbedingungen anknüpfen und da sind die Variablen relativ groß. Unser Haus und viele internationale Unternehmen gehen zunehmend dazu über, dass die Vergütung sehr lokal geprägt sein soll. Meine Überlegung ist, dass die übrigen Dinge einmal geregelt werden und nicht jedes Mal wieder neu angefasst werden müssen. Ein Thema ist die Steuer, ein Thema die Sozialversicherung, Urlaubsberechtigung, Kündigungsfrist usw. All das muss wieder neu eingefasst werden. Ich gebe zu, auch unsere Experten im Personalbereich sagen: „Herr *Stein*, wieso nur eine europäische Lösung? Macht doch gleich eine globale. Europa allein genügt uns nicht, unsere Leute werden global eingesetzt“. Ich muss immer erwidern, dass wir global keinen Anfasser haben. Aber in Europa gibt es Brüssel. 32

Abbo Junker:

Lex mercatoria. Und so weitet sich das natürlich immer. Wie wenn Sie anfangen, ein Badezimmer zu renovieren. Sie wollen eigentlich nur den Wasserhahn austauschen. Aber am Ende bleibt außer der Grundmauer nichts mehr stehen. Und so ein bisschen ist es hier auch. Sie müssen, das haben Sie ja selbst gesagt, ins Steuerrecht, ins Sozialversicherungsrecht und vielleicht auch in andere benachbarte Gebiete. 33

Michael Stein:

Ich habe jetzt auch nicht versucht, wirklich alle Details zu lösen. Den Politikern können wir ja nicht die Arbeit wegnehmen. Ich dachte, ich versuche 34

einmal eine Idee in Gang zu bringen, die Idee besser zu untermauern, die Idee zu reflektieren. Vielleicht für die Idee zu begeistern, in der vielleicht naiven Hoffnung, dass Politiker sagen: „Genau auf das haben wir schon immer gewartet und jetzt setzen wir unseren Apparat darauf und der fängt nun an, in der Richtung irgendetwas zu tun.“

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht:

- 35 Als Idee finde ich das auch ganz faszinierend. In der Tat hat die Europäische Union völlig Abstand genommen von einem vereinheitlichten Gesellschaftsrecht. Es werden einfach optional zusätzliche europarechtlich durchnormierte Rechtsformen angeboten. Wenn die gut sind, dann nimmt sie der Markt an, dann habe ich den Wettbewerb der Rechtsordnungen. Wenn sie schlecht sind, dann macht es keiner. Dann braucht sich aber auch keiner zu beschweren. Das Schöne daran ist, dass diejenigen, die die Wahl getroffen haben, für ihre Wahl selber verantwortlich sind. Wer sich in eine SE umwandelt und das vielleicht schlecht macht, der muss sich unter Umständen überlegen, dass er damit viele Jahre leben muss. Aber er kann nicht die Politik dafür verantwortlich machen. Das ist erst einmal der schöne Anreiz. Das Schimpfen auf den Regelsetzer, das lässt dann nach, weil man eine autonome Lösung hat. In der Sache, Herr *Otto*, müsste das ein europäisches Arbeitsvertragsrecht sein, so wie es auch in einem nationalen Recht vorgegeben sein könnte, mit bestimmten zwingenden Normen und mit bestimmten dispositiven Normen. Das wäre kein Unterschied.

Mein Problem fängt bei zweierlei an: Erstens gibt es natürlich Dinge, an die Sie überhaupt nicht herankommen. Denken Sie nur an die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften. Das ist lokal und da werden Sie natürlich, wenn Sie von Baustelle zu Baustelle eilen, unterschiedliche Helme und andere Dinge aufsetzen müssen. Das kriegen Sie gewiss nicht hin. Der zweite Punkt ist: Diese Marktlösung einer auszuwählenden Rechtsordnung setzt voraus, dass die Beteiligten autonom entscheiden können. Ich bin ziemlich sicher, dass die Deutsche Bank in der Lage ist, autonom zu entscheiden. Ich bin auch noch ziemlich sicher, dass eine Führungskraft hier viel Geld verdient, einen sehr hohen IQ hat und gebildet ist. Sie kann die Vor- und Nachteile einer solchen Entscheidung für sich selber über schlagen. Wie halte ich es aber nun mit den etwas einfacheren Arbeitnehmern, die der normale Schutzgegenstand unseres Arbeitsrechts sind? Wenn das Schutzniveau dieses europäischen Vertrags sehr hoch ist, werden die Arbeitgeber sagen: „Nein, das bieten wir gar nicht erst an, das wollen wir nicht haben.“ Ist nun aber umgekehrt das Schutzniveau aus sozialpolitischer Sicht sehr niedrig oder zu niedrig, obwohl das kein juristischer Begriff ist, dann müssten vielleicht die Arbeitnehmer „nein“ dazu sagen. Unter Umständen werden sie aber da hineingedrängt. Mit guten

Gründen lassen wir die freie Rechtswahl im Arbeitsverhältnis nicht so zu, wie wir das in anderen Verträgen zulassen. Wir müssen uns also einen Mechanismus überlegen, wie wir diese Freiwilligkeit sichern können. Sonst hätten wir als Ergebnis, dass wir doch wieder dieses europäische Arbeitsrecht sowie zusätzlich Eingriffsnormen aus den nationalen Rechtsordnungen hätten. Dann wäre das Ziel jedoch überhaupt nicht erreicht. Der Dreh- und Angelpunkt ist die Freiwilligkeit. Wir haben schon eine ganze Reihe Ansätze, um den Arbeitnehmer nicht der Drucksituation des Erstvertragsschlusses auszuliefern. Freiwilligkeit durch nachträgliche Widerrufsmöglichkeit ist das Modell des europäischen Arbeitszeitrechts, wenn ich an die jüngste Neukodifikation erinnern darf. Damit wäre vielleicht ein spezielles Funktionsdefizit einer solchen marktmäßigen Lösung auch ausgeräumt, indem man sagt: „Hier können die Arbeitnehmer gar nicht über den Tisch gezogen werden.“ Ein letzter Gedanke noch, Herr *Otto*: Vielleicht müsste ein solches europäisches Arbeitsvertragsregime zusätzlich besondere Schutzaspekte mit Blick auf diese Mobilität haben, die nicht nur begünstigt, sondern mitunter auch belasten kann.

Michael Stein:

Ich glaube, nicht nur die Topmanager auf der obersten Ebene sind in der Lage, das zu beurteilen. Heutzutage sind die Arbeitnehmer sehr viel selbstständiger, selbstbewusster und auch sehr viel besser ausgebildet, um viel mehr selbst entscheiden und beurteilen zu können, als dies in der Vergangenheit der Fall war. Davon bin ich überzeugt. Und die wollen das auch so. Es gibt sicherlich Arbeitnehmer, die das nicht können. Aber an der Stelle gehen Sie etwas grundsätzlicher heran als ich. Ich gehe da pragmatisch heran. Die Arbeitnehmer, die besonders schutzbedürftig sein mögen, sind nicht unbedingt die, die wir quer durch Europa schicken wollen. 36

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Nur zwei, drei Fragen zu Ihrem Konzept, Herr *Stein*. Ich verstehe das so, dass Sie ein gesetzliches Regelwerk, ein Rahmengesetz vorschlagen. Eine Regelung, die gewählt werden kann und die gleichzeitig dazu führt, dass die nationalen Arbeitsrechte abgewählt werden. Frage: Kann man das Konzept erst einmal im Grundsätzlichen auch dadurch ergänzen, dass man einen Musterarbeitsvertrag schafft? Passt das sozusagen in Ihr Konzept? Oder haben Sie die Vorstellung, was ja auch schon sehr viel wäre, dass der Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, der auf deutscher Ebene vorliegt, einfach nur eine Ebene höher geschraubt wird und wir auf europäischer Ebene ein solches Regelwerk hätten? 37

Ein zweiter Punkt sind die Regelungsdichte und Intensität eines gesetzlichen Rahmens. Dieser Vorschlag eines Arbeitsvertragsgesetzes, der ja seit einiger Zeit diskutiert wird, besteht immerhin aus rund 150 Paragraphen. Das ist schon relativ viel, was vielleicht auch ein Stückchen am Perfektionismus der Autoren liegt, die das ausgearbeitet haben, den Kollegen *Henssler* und *Preis*. Hätten Sie die Vorstellung, dass das eine Vollregelung wird, sozusagen ein durchgeregeltes Konzept? Da muss ich vielleicht auch ein kleines bisschen Herrn *Rieble* widersprechen. Im Gesellschaftsrecht besteht keine Vollregelung. Da wird bei den gesellschaftsrechtlichen Modellen in ganz starkem Maße auf die nationalen Gesellschaftsrechte Bezug genommen, mehr als das bei den ursprünglichen Entwürfen der Fall war. Das hat zur Konsequenz, dass wir nicht die SE haben, sondern eine Dach-SE. Wir haben einen Rahmen und unter diesem Dach 27 verschiedene Rechtsformen. Entspricht das auch Ihrer Vorstellung oder soll es doch eine wirklich autonom abgeschlossene Rechtsordnung sein, die den Rückgriff auf nationales Recht so weit es irgend geht, öffentliches Arbeitsschutzrecht einmal vorbehalten, ausschließt?

Michael Stein:

- 38 Gegen einen Musterarbeitsvertrag habe ich zunächst einmal keine Bedenken. Alles, was irgendwie in kleinen Schritten in die richtige Richtung geht, ist aus meiner Sicht fein. Das will ich damit nicht ausschließen. Man kann nicht immer sofort die große Lösung hinbekommen. Ich bin dafür, lieber zwei, drei kleine Schritte zu machen, als mit einem großen zu scheitern. Vollregelung: Nein, weil aus meiner Sicht genau das eben nicht leistbar sein wird. Das ergibt sich auch aus der Diskussion, die wir heute schon zum Grünbuch Arbeitsrecht haben. Ich denke mehr an eine Rahmenregelung. Die EU soll Prozesse vorgeben. Die Inhalte sollen dann aber von den Einzelnen beigesteuert und gestaltet werden können. Ich schlage also mehr eine prozesshafte Rahmenregelung vor. Ich weiß nicht, ob ich da völlig falsch gestrickt bin.

Abbo Junker:

- 39 Die Gestaltungen werden dann von den betreffenden Arbeitgebern wahrscheinlich standardisiert.

Michael Stein:

- 40 Ja. Das wird nicht jedes Mal individuell mit dem Arbeitnehmer ausgehandelt werden. Es kommt darauf an, auf welcher Ebene man das macht. Ob das dann mit dem Europäischen Betriebsrat, mit dem Sprecherausschuss oder wem auch immer als kollektive Instanz, gemacht wird, müsste man sehen. Wobei wir dann wieder in diesem Thema transnationale Kollektiv-

verhandlungen wären. Das wird schwierig. Ich sage ja: eine komplexe Sache.

Abbo Junker:

Aber es hängt an den Themen der Schutzbedürftigkeit und der Freiwilligkeit, das ist gar keine Frage. Und es legt natürlich auch, Herr *Otto*, ein Stück weit die Axt an Grundideen des Arbeitsrechts. So hatte ich auch Ihren ursprünglichen Beitrag verstanden. 41

Hansjörg Otto:

Herr *Junker*, so kritisch habe ich das nicht gemeint. Es war mir an sich nur klar, dass es jedenfalls einen doch mit erheblichem Inhalt versehenen Vorschlag geben muss, damit optiert werden kann. Es gibt jedenfalls einen ganz großen Unterschied zwischen einem Themenkatalog, der Gegenstand eines Vertrages sein könnte, und inhaltlichen Vorgaben. Ich kann mir eine Option, die vom nationalen Recht weggeht, nur dann vorstellen, wenn das eine relativ ausführliche Regelung ist. Und an der Stelle beginnen meine Schwierigkeiten. Nicht, weil ich das nicht begrüßen würde, sondern weil dann die ganze Debatte über die europäische Regelung auftaucht, und was Regelungsinhalt eines europäischen Arbeitsrechts sein könnte. Man geht davon aus, dass vielleicht nur 500 Leute betroffen sind. Aber wer sagt uns denn, dass diese Regelung, die dort also vorgeschlagen wird, nicht plötzlich flächendeckende Bedeutung haben kann und soll? 42

Abbo Junker:

Das war schon noch eine wichtige Klarstellung zu diesem Punkt. Das hatte ich in der Tat eingangs nicht so verstanden. 43

Professor Dr. Martina Benecke, Universität Augsburg:

Ich finde Ihre Idee ganz faszinierend. Ich wollte nur auf einen kleinen Strukturunterschied aufmerksam machen, auf den vielleicht auch ein Teil der bisherigen Wortmeldungen zurückzuführen ist. Eine Gesellschaft besteht grundsätzlich aus Gründern, die ein sicherlich im Einzelnen unterschiedliches, aber dennoch gemeinsames Ziel haben, während ein Arbeitsvertrag, auch ein Arbeitsvertrag mit Führungskräften, regelmäßig einen Interessenausgleich enthält. Das ist, denke ich, auch eines der Probleme, worauf das zurückzuführen ist, was der Kollege *Krause* gerade gesagt hat. Entweder macht man den Vertrag sehr speziell, dann macht man eine sehr ausführliche Regelung. D.h. die beiden müssen sich auf diese Regelung einigen und dann liegt die nun einmal fest. Das läuft auf das Problem hin- 44

aus, dass sie zu hoch oder zu niedrig ist. Oder man macht die Vereinbarung sehr allgemein. Das führt dann dazu, dass doch so viele Spezialregelungen in dem jeweiligen Einzelvertrag zu wählen sind, dass man letztlich die Vereinheitlichung auch bleiben lassen kann. Das ist im Wesentlichen dieser Strukturunterschied, dass immer ein natürlicher Interessengegensatz besteht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die sich dann auf diesen Vertrag einigen müssen.

Michael Stein:

- 45 Den Arbeitsvertrag mit Führungskräften als Interessenausgleich zu sehen, da sträuben sich bei mir doch ein paar Haare. Gerade bei Führungskräften sehe ich das gleichgewichtig. Und je höher desto mehr. Aber Sie haben in der Tat Recht, dass die SE einmal von der Grundrichtung Ideengeber war. Dass es aber nicht eins zu eins vergleichbar ist, ist völlig klar, von der groben Richtung jedoch schon. Es ist, wie gesagt, eine Idee, eine Vision, die inzwischen, wie ich meine und wie ich festgestellt habe, nicht nur eine Schnapsidee von mir ist. Inzwischen arbeiten auch schon einige andere ernsthaft daran. Bei der BDA beschäftigt man sich auch mit dieser Idee, nachdem man vorher erst gesagt hat: „alles Quatsch.“ Inzwischen haben wir einen Arbeitskreis, der einmal versuchen will, dort weiterzukommen. In Brüssel, ist der Virus auch angekommen. Wie stark, weiß ich allerdings nicht. Ideen leben einfach davon, dass am Anfang eine Vision da ist, von der man dann schauen muss, inwieweit sie realistisch, umsetzbar und ausfüllbar ist. Und der Prozess steht noch bevor. Und in dem Prozess hat die heutige Veranstaltung, glaube ich, ein bisschen beigetragen.

Sachregister

Anwendungsvorrang des Europarechts § 2 5

Arbeit auf Abruf § 2 53

Arbeitgeberverbände § 2 60,
§ 3 50

Arbeitnehmerbegriff § 1 23, § 1 42,
§ 3 23, § 3 41

- EuGH § 3 51

- europaeinheitlicher § 3 23

- Gemeinschaftskompetenz § 1 24,
§ 1 41

- rechtliche Abhängigkeit § 1 39

- Scheinselbständigkeit § 2 31,
§ 2 37

- Schutz- und Kostenniveau § 3 41

- wirtschaftlich abhängige Arbeit
§ 3 32

Arbeitsmarkt § 2 24

Arbeitsmarktrecht § 2 28

Arbeitsverhältnis § 2 10

- atypisches § 2 10

- typisches § 2 10

Arbeitsvertragsgesetz § 4 39

Arbeitszeit § 1 16

Beschäftigung § 1 6

- prekäre § 1 8

- traditionelle § 1 6

Beschäftigungspolitik § 3 20

Beschäftigungsübergänge § 1 18

Bildungssparen § 1 45

Deregulierung § 3 2

Deutschland § 2 12

- Arbeitnehmerüberlassung § 2 21

- Befristung § 2 12

- Kündigungsschutz § 2 12

Doppelter Arbeitsmarkt § 1 3

Dreiseitige Arbeitsverhältnisse
§ 1 28

- Leiharbeit § 1 28

- Subunternehmerschaft § 1 30

England § 2 23

- Arbeitnehmerüberlassung § 2 23

Ermächtigungsgrundlage § 2 1

Europäische Aktiengesellschaft
§ 4 6, § 4 29, § 4 36, § 4 39

Europäischer Betriebsrat § 4 6

European Labour Contract § 4 1,
§ 4 16

- Flexicurity § 4 23

- Freiwilligkeit § 4 37

- Gestaltungsoptionen § 4 19

- Kollektivrecht § 4 24

- Mobilität der Arbeitnehmer § 4 4

- Rahmenregelung § 4 40

Flexicurity § 1 38, § 3 17

Frankreich § 2 15

- Contrat nouvelles embauches § 2 15
- Contrat premières embauches § 2 15

Gewerkschaften § 2 60, § 3 5**Harmonisierung § 2 38**

Harmonisierung des Arbeits- und Sozialrechts § 4 4

Höchsttarbeitsbedingungen § 2 50

Interessenträger § 1 1, § 1 12, § 3 18

Italien § 2 13

- Arbeit auf Abruf § 2 19
- Befristung § 2 13
- contratto di inserimento § 2 14
- Kündigungsschutz § 2 13
- Leiharbeit § 2 22
- Projektarbeitsvertrag § 2 35

Klassengesellschaft § 1 36, § 1 37

Konsultationsverfahren § 3 11

Lex mercatoria § 4 30

Lissabon-Prozess § 3 27

Lobbying § 3 47

Minderstandard § 2 55

Mindestnormkonzept § 1 21

Mobilität der Arbeitskräfte § 1 17

Musterarbeitsvertrag § 4 33, § 4 40

Optionalen Rahmen für transnationale Kollektivverhandlungen § 4 10**Schwarzarbeit § 1 17**

Segmentierung des Arbeitsmarktes § 3 29

Sozialer Dialog § 3 50, § 3 54

Spanien § 2 17

- Kündigungsschutz § 2 17

Subsidiaritätsprinzip § 2 2, § 3 25

Verbände § 3 46

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble und Abbo Junker
ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 978-3-9809380-1-3

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-2-0

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-3-7

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 978-3-9809380-4-4

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-5-1

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-7-5

Band 7

Till Brocker

Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance

ZAAR Verlag 2006, ISBN 978-3-9809380-8-2

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 978-3-9809380-9-9

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 978-3-939671-00-8

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2